

LEZIONI

SUL GRADO NELLA FORZA FISICA DEL DELITTO

(CONATO, COMPLICITÀ')

DETTATE

DALL' AVV. FRANCESCO CARRARA

*Professore di Diritto Criminale
nella Università di Pisa*

pubblicate per uso degli scolari

Quarta edizione con aggiunte

L U C C A

TIPOGRAFIA DI B. CANOVETTI

1860



La *forza fisica* del delitto, che ha il suo elemento nel moto del corpo, e il suo risultato nella materiale violazione della legge o sia nel danno *immediato*; può essere frazionata, o per causa di *interruzione*, o inoperosità degli atti esterni, o per causa di *divisione* dei medesimi fra più individui. L'interruzione conduce alla teoria del *conato*: la divisione alla teoria della *complicità*.

C O N A T O

Vedemmo la ragion di punire il delitto tutta risiedere nelle due condizioni che lo costituiscono: cioè di essere un *fatto lesivo della sicurezza*; e di provenire da un *atto volontario* dell'uomo. Il concorso della seconda condizione, facendo emergere dalla prima, oltre il danno *immediato*, il danno *mediato* o *riflesso*, la punizione di cotesto fatto si esige per ristabilire nei cittadini l'opinione della propria sicurezza. Tuttociò è ormai chiarito.

Ma talvolta dopo essersi una malvagia *volontà* determinata alla violazione della legge; e dopo-

chè, per impulso della medesima, la mano dell'uomo intraprese gli atti esterni, che guidano a tale violazione; il corso di cotesti atti rimane interrotto; o se pure condotto all'estremo, non ne consegue l'effetto violatore della legge, cui gli atti medesimi si erano dall'agente indirizzati. Quando accade ciò, non può dirsi che si abbia un *delitto perfetto*, perchè la lesione della sicurezza non si verificò; e il *diritto* che si minacciava non rimase violato. In questo caso non si ha che un *attentato*.

Il *delitto attentato* dicesi *conato* perchè ha la sua essenza in uno *sforzo* (*conatus*) della *volontà*, congiunto ad uno *sforzo* del *corpo*. *Conatus in itinere* (disse elegantemente l'ALCIATO) *crimen in meta*. Nulla di tanto comune all'uomo quanto il conato. La vita nostra dall'aurora al tramonto non è che una catena incessante di *conati*. Ma se il concetto astratto del tentativo, come di cosa connaturale all'uomo, è facile a concepirsi e definirsi; non lo è altrettanto il concetto del *conato* come ente giuridico.

Di questo *conato* può ella prendere cognizione la legge punitiva? e dove risiede la ragione di politicamente imputarlo al suo autore?

La mancanza di ogni *danno immediato*; e così la cessazione di ogni *effettiva* violazione di diritti, potrebbe far dubitare che cessasse ogni ragione di punir l'attentato; poichè il fondamento della politica imputabilità di certi atti traendo origine dal *danno materiale* cagionato da loro; se cessa

questo nel *conato*, parrebbe doverne cessare la imputazione: ma non è così.

Alla ragione di punire desunta dal *danno immediato*, che cessa nei *tentativi*, sottentra in questi la ragione desunta dal *pericolo* corso: questo fa le funzioni del *danno*.

Cotesta idea è la base di tutta la dottrina del *tentativo*. Quantunque non abbia a deplorarsi un evento *dannoso*, pure l'animo dei cittadini si scuote all'aspetto di una volontà malvagia, che già avea cominciato la esecuzione di atti conducenti a quel tristo evento; ed al pensiero che una mera accidentalità, di cui non può calcolarsi la ripetizione, ha salvato la vittima dal male minacciatole, e la società dal lutto e dal terrore di un delitto compiuto. Il *tentativo* col porre in *pericolo* la sicurezza, ha prodotto anch'esso un *danno politico*. A cotesto danno politico occorre il rimedio politico della punizione di colui, alle malvagie voglie del quale nulla mancò, tranne i favori della fortuna.

Comprendasi bene che quando si parla quì di *pericolo*, s'intende di un *pericolo già corso*; non di un *pericolo meramente futuro*. Confondere queste due idee porterebbe a conseguenze falsissime. Il *pericolo futuro* non può prendersi *a solo* come legittima ragion di punire. Altrimenti si correrebbe a punire le *nude intenzioni delittuose*; ed anche le prave *inclinazioni*; e si rovescerebbero i più certi canoni della politica imputabilità. Quando diciamo *pericolo* in questa ma-

teria, intendesi dunque un pericolo *veracemente esistito* come *fatto*; non un pericolo di mera previsione.

Del pari è da avvertirsi, che per l'opinione di molti dottori, seguitata da alcune legislazioni, il conato non dovrebbe politicamente imputarsi, se non quando tende a *gravi ed atroci* delitti. Nei delitti minori lieve sarebbe il *danno* se fossero *consumati*; e più lieve per conseguenza è il *pericolo*. Onde secondo cotesta dottrina (che per altro non fu accettata dal Codice toscano) gli attentati di cotesti più tenui delitti si lasciano impuniti. Tale era la massima prevalente nel diritto romano: tale è nel diritto francese.

Ma se in questa idea del *pericolo* sta la ragione di punire il conato; poichè certo è che un *pericolo*, per grande che sia, non adegua mai in gravità il *male* effettivamente accaduto; bisogna bene, e per logica e per giustizia, concluderne che il *tentativo*, benchè spinto all'estremo, non può mai imputarsi alla pari del consumato delitto. Ciò sarebbe equiparare sulla bilancia della giustizia un *pericolo* ad un *danno* effettivo. E sente di facile ognuno che tale equiparazione repugna.

Aggiungasi a ciò, che la differenza di peso del *pericolo* rispetto al *danno immediato* del delitto perfetto, non trova compenso in un più di danno *mediato*. Anzi tutto l'opposito. Avvegnachè; o si consideri questo nel cattivo esempio ai malvagi, o nello sbigottimento dei buoni cittadini; certo è che sì l'uno che l'altro avranno sempre un minor grado di forza nel *tentativo*.

Lo avrà il primo, perchè non è incitamento a delinquere il vedere riusciti vani gli sforzi del malvagio appetito che si volea soddisfare, ed incontrata ciò non ostante una punizione, benchè più mite.

Lo avrà il secondo, essendo lo spavento minore perchè non eccitato dalla pietà per la vittima, e moderato dalla fiducia nella provvidenza, che spesso rompe gli scellerati disegni.

A tali ragioni si aggiunga la considerazione politica, che la legge adeguando nella pena il *tentativo* al *delitto consumato*, tradirebbe la sua missione di difesa sociale: e questa sola avvertenza dileguerà ogni dubbio. La legge che pareggiasse nella imputazione il tentativo al delitto compiuto, verrebbe a creare nell'animo di colui la cui malvagia azione restò frustrata, una causa per ripetere i suoi sforzi, e ricominciare la esecuzione. Questa causa starebbe nel pensiero, che ormai per lui la massima delle punizioni è già incorsa col solo *tentativo* eseguito. Così dopo l'attentato la rinnovazione degli atti, e la ottenuta consumazione del delitto, rimarrebbero quanto al *reo* senza *repressione*. Così dopo scampata da un *tentativo*, la *vittima* designata resterebbe senza *difesa* per parte della legge rimpetto a quel malfattore. Tutto ciò è manifesto sol che si avverta come la legge, quando dice all'autore del tentativo: io ti punisco come se tu avessi compiuto il delitto; gli viene a dire nè più nè meno: io nulla ti punirò per gli sforzi che ripeterai, ben-

chè con questi tu giunga alla consumazione dei tuoi pravi disegni. Quanto vi sia di impolitico in cotesto concetto risulta sì chiaro, che reca sorpresa il vedere uomini dottissimi, e legislatori avveduti avere abbracciato la falsissima idea della equiparazione.

Nè vale obiettare che il malvagio quando ha posto in movimento ogni sua possa per violare la legge, se per un fortuito che lo ha contrariato, non raggiunge il fine maligno, egli viene a riceveré nella minorazione di pena un vantaggio che non ha meritato. L'obiezione cade non solo rispetto alle considerazioni *politiche* testè sviluppate; ma cade eziandio per le semplici considerazioni di *giustizia*. Infatti sappiamo che nei delitti non si punisce la sola *intenzione* rea, ma l'*atto esterno* accompagnato da quella. Ora un atto esterno seguitato da tristo effetto, avrà sempre maggior peso che un atto esterno non susseguito da nessun nocumento: cosicchè la disuguaglianza nella imputazione rispettiva non trasgredirà ai precetti della giustizia distributiva. E poichè la fortuna ha tanta parte negli umani eventi, nulla repugna che lo abbia ancora nella responsabilità delle azioni delittuose. E come la disgrazia di un danno maggiore occasionato con intenzioni più miti, nuoce al reo, perchè aumenta la sua responsabilità in ragione dell'*evento*, sebbene preterintenzionale; così è di giustizia che la fortuna gli giovi quando, deludendo le sue previsioni, ha fatto sorgere un *even-*

to meno sinistro di quello a cui dirigeva le sue operazioni (1).

Si tengano dunque per fermi questi due principj: che il *pericolo* corso dalla società per causa di un tentativo è sufficiente ragione di imputarlo politicamente: ma che l'imputazione di questo tentativo non può mai *adeguarsi* a quella che sarebbesi lanciata contro il delitto se l'effetto avesse corrisposto all'affetto.

Ciò porta la necessità di due ispezioni in questa teoria.

Il principio che il *conato* può essere *imputabile*, porta il criminalista alla necessità di studiarne i caratteri costitutivi, onde conoscere quando si abbia e quando nò un attentato nel senso giuridico.

Il principio che debba imputarsi il *conato* sempre *meno* del consumato delitto, porta alla necessità di studiare le norme, sulle quali convenga modulare questo degradamento di imputazione.

ISPEZIONE PRIMA — *Quando si abbia il tentativo.*

Per conoscere quando abbiassi il *tentativo* fa duopo rintracciarne gli elementi costitutivi, pro-

(1) La dottrina della equiparazione prevalse un tempo per un' errata interpretazione del diritto romano: il quale credettesi parificasse nella pena l'attentato al delitto perfetto. Ma il diritto romano non fissa altrimenti cotesta regola. Ciò mostrò ad evidenza il NICCOLINI nella sua dottissima *dissertazione sul conato*, che nulla lascia a desiderare.

cedendo con metodo analitico; per quindi ricomporne la definizione.

Nel *delitto perfetto* troviamo derivare la sua *forza morale* dall'*intenzione*, la sua *forza fisica* dall'*atto esterno dannoso*.

Nel *delitto imperfetto* si desume del pari la sua *forza morale* dalla *intenzione*. Ma nel *tentativo* deve mancare l'effetto *dannoso* che lo convertirebbe in *delitto consumato*; e poichè le funzioni del *danno* si rappresentano nel tentativo dal *pericolo*; è logica conseguenza che appunto dal *pericolo*, ossia dall'*atto esterno pericoloso*, si costituisca la *forza fisica* del conato.

Trovare il *conato* nel solo *pericolo* inerente alla potenzialità di un atto, senza la direzione intenzionale verso cotesto danno, è lo stesso che portare l'imputazion civile oltre i limiti della imputazione morale, e manomettere la giustizia per servire ad una speculazione di falsa politica.

Trovare il *conato* nella sola *intenzione*, per quanto fermamente diretta a recare un danno, senza la verità del *pericolo* di questo danno inerente alla potenzialità dell'atto eseguito, è l'istesso che punire la sola intenzione, prendendo il solo principio morale per fondamento della politica imputabilità.

Questi due distinti elementi porgono al *conato* due distinte facce, che obbligano a doverlo esaminare sotto due punti di vista separati. — Aspetto *obiettivo*, in quanto si guarda il conato nella *intenzione* dell'agente rivolta ad un determinato

fine delittuoso, trascendente il risultato ottenuto.
— Aspetto *subiettivo*, in quanto si guarda il conato nell'atto esterno costituente la sua esecuzione. So bene che queste due parole *obiettività* e *subiettività*, sonosi dagli oltramontani adoperate in senso diverso, e soventi volte confuso. Ma preferisco seguire la nomenclatura del NANI, del CARMIGNANI, ed in genere degli italiani. *L'esame dell' attentato obbliga la mente umana a due inspezioni diverse. L'una che considera nell'animo dell'attentante non lo stato della intenzione (che si suppone sempre perfetta e diretta) ma il fine a cui ella mirò: l'altra che considera i mezzi che il di lui corpo, considerato come istrumento dell'animo, muove come idonei al conseguimento del fine. La prima inspezione può dirsi obbiettiva; e può sortir l'altra il nome di subiettiva; nomenclatura la quale, sebbene siane stato fatto abuso frequente, è la più opportuna e la più significativa ad esprimere il doppio procedimento della teoria dell' attentato delittuoso.*

Così il CARMIGNANI nella *Teoria* (vol. 2.^o pag. 501) il quale poi suddivide l'indagine *subiettiva* in quanto riguarda il *subietto attivo*, cioè l'*attentante*; o riguarda il *subietto passivo*; cioè la cosa o persona a cui danno si diresse il delitto.

Gli oltramontani invece usarono in senso diverso questa nomenclatura. Quello che Carmignani chiama *subietto passivo*, essi lo chiamano *obietto* del tentativo: cosicchè per loro l'indagine *obiettiva* è quella che si riferisce alla vittima desi-

gnata, alla cosa da rubarsi, e simili; mentre cotesti sono, secondo il linguaggio di Carmignani, il *subietto passivo*. E questo può essere o *subietto dell' attentato*, o *subietto della consumazione*.

In una parola l' *obietto* nel linguaggio di CARMIGNANI è una figura tutta *intellettuale*: il *fine* dell' azione come lo concepì l' agente. — L' *obietto* secondo gli altri, è una figura sempre *materiale*: la cosa o la persona su cui cade l' azione.

Da questa diversità di nomenclatura nacque l' apparenza di varie contradizioni negli insegnamenti degli uni e degli altri: contradizioni che in realtà non esistono. Ed in materia già troppo astrusa e difficile si aggiunse anche la difficoltà e l'ambiguità del linguaggio. Ma siccome il linguaggio non è che uno strumento: e in materia di strumenti si preferisce quello che meglio serve all'uso cui si destina: così mi si permetterà seguitare il linguaggio dei miei maestri, perchè mi sembra più adattato ai bisogni della scuola nello svolgimento della presente teoria.

Dunque *intenzione*, e *pericolo*. Ecco i due elementi costitutivi del *conato*. Il primo ne rappresenta l' elemento *morale*; il secondo l' elemento *fisico*. Di ciascuno separatamente.

ELEMENTO MORALE — *Intenzione. Fine. Ricerca obbiettiva.*

L' *intenzione*; cioè il proponimento che ebbe l' agente di raggiungere col suo atto un *fine* più criminoso di quello che l' atto stesso materialmente produsse, è quella che porta a lasciare la

considerazione di ciò che *avvenne*, per seguire la considerazione di ciò che nel preconconcetto dell' agente *doveva avvenire*. Per la intenzione non solo divengono imputabili certi atti che *materialmente* riuscirono *innocui*. Ma anche un *delitto perfetto* cessa di desumere il criterio della sua imputazione dalle condizioni materiali; e quando era indirizzato ad un *delitto più grave*, subisce le norme di quella più grave misura, a cui lo porta la considerazione che esso non era il *fine* dell' agente, ma un semplice *mezzo*. Così un feroimento, o la effrazione di un uscio (delitti in sè consumati) possono considerarsi come *tentativi* di omicidio o di furto, e subire una denaturazione giuridica; perchè furono dall' agente eseguiti come *mezzo* per giungere all' omicidio, od al furto.

Quando l'*evento* è seguito (l' uomo fu ucciso, la casa derubata), è l' evento stesso quello che manifesta l' intendimento dell' agente. Tranne dimostrazione del contrario per parte dell' accusato, la presunzione giuridica è ch' egli volesse fare ciò che fece: poichè le presunzioni di gius si desumono dal corso *ordinario* delle cose; ed è più frequente che l' uomo faccia ciò che designava di fare, di quello che faccia cosa che non intendeva di fare. Dato l' *evento*, l' intenzione fa ordinariamente una figura concomitante e a quello pedissequa nella determinazione del *titolo*.

Nell' attentato invece l' evento non vi è. È il *pericolo* che ne fa le veci. Ma l' evento si misura

da un *fatto*; il *pericolo* da una mera *previsione*.

Ora egli è chiaro che la *previsione* di un evento non è la compagna indefettibile della probabilità dell'evento stesso.

Altro è dunque che un atto esterno abbia *in sé* la potenza di condurre ad un effetto: altro è che l'autore di tal atto *prevedesse* e *volesse* costesto effetto. Dall'evento si può trarre una presunzione di volontà. Dalla possibilità dell'evento non si può trarre che un sospetto di tal volontà.

Di qui la conseguenza che l'elemento *morale* del *conato* ha bisogno di una prova specifica; nè basta il dire, tale atto *avea* *potenza* di cagionar questo effetto; dunque l'agente *volle* cotale effetto. Di qui la conseguenza che la *intenzione* nel *conato* deve avere dei caratteri particolari, che nel delitto perfetto non si richiedono. Di qui le due proposizioni, che l'*intenzione* nel *tentativo* deve essere *diretta*, e *perfetta*.

1.º Deve essere *diretta*. Non basta a costituir tentativo l'*intenzione indiretta*; e qui per *intenzione indiretta* vuolsi designare l'*indiretta negativamente tale*; poichè l'*indirezione* dei mezzi, quando vi fu *direzione* nella *volontà*, non altera le condizioni *intrinseche* della *intenzione*; ed abbiamo sempre i caratteri del *dolo*.

Ciò è della più intuitiva evidenza. Nei fatti *colposi* la società non reclama la punizione di una volontà *malvagia*, ma di una volontà *imprudente*, che omise di calcolare tutte le possibili sequele

degli atti cui dava impulso. Ora la società non ha diritto di reclamare la punizione di questi atti *imprudenti*, se non in quanto ella abbia a deplorare un evento luttuoso; l'avvenuta violazione di un diritto. Quando l'esito fu innocente, e l'animo non diretto a nuocere, le manca ogni base per reclamare una pena.

Nel delitto consumato essa fonda il suo diritto alla pena sul *danno* reale; e purchè nella volontà di chi ne fu causa siavi una ragione di rimprovero, anche per la mera omissione di previdenza, il suo diritto deve avere un grado di sodisfacimento.

Nell'*attentato* invece essa fonda il suo diritto sulla *intenzione* di violare la legge; intenzione delusa dalla fortuna, ma causativa di *pericolo* reale. Dunque quando mancò l'effetto *dannoso*, e l'*animo* di violare la legge, la società non può dirsi offesa nè dal *fatto*, nè dall'*intenzione*; e non ha nessun fondamento per esigere una punizione.

Nel tentativo non mi rimproverate il male che ho *cagionato*, perchè non esiste; ma quello che dite essersi *voluta* da me *cagionare*. Ma se accusandomi di *colpa*, concordate che io *non voleva cagionare male nessuno*, che mi rimproverate voi? Il grado d'imputazione nel tentativo deve misurarsi dalla entità del diritto, alla violazione del quale io dirigeva le mie operazioni. Ma se i miei atti non erano diretti alla violazione di nissun diritto, il calcolo della mia imputazione

non può dare che un risultato negativo. Negativo è il dato dell'evento; negativo il dato della intenzione. Da due quantità negative non può risultare una quantità positiva.

Dire che si è *tentato* di fare ciò che non si *prevedeva* e non si *voleva fare*, è nelle più comuni occorrenze della vita un impossibile logico. *Tentativo* di delitto *colposo* è un controsenso giuridico.

2.^o L'*intenzione* deve esser *perfetta* onde abbiassi *tentativo*. Questa seconda proposizione è più controversa; nè mancano valenti scrittori che ne abbiano, in specie tra i moderni, dubitato.

La opinione che esclude il tentativo nel dolo d'impeto si sostiene da NANI (1), CARMIGNANI (2), GIULIANI (3), PUCCIONI (4), ROMAGNOSI (5). Alla contraria parve inclinare ROBERTI: ma se da questo scrittore limitar si volle in casi estremi la regola; non già intese convertire in regola la limitazione, come taluno precipitosamente vorrebbe.

(1) Principj di giurisprudenza criminale §. 408.

(2) Elem. juris criminal. lib. 1 §. 231.

(3) Istituzioni di diritto criminale lib. 4 cap. V §. 1 (Ediz. di Macerata pag. 122).

(4) Saggio di diritto penale lib. 4 tit. 7 pag. 82.

(5) Quando Romagnosi (Genesi §. 694) definì il delitto mancato *una esecuzione ragionata*, mostrò chiaro il presupposto della calma riflessione, non ammissibile nell'irato. *Nihil interest* (SENECA excerpta de moribus) *inter iratum et insanum nisi dies*.

Ricordiamo che i termini di questa ricerca cadono solo nel caso di *dolo di quarto grado*; quello cioè che congiunge i due caratteri della *istantaneità*, e della dominazione di un *affetto cieco* (1).

Negli atti freddamente *premeditati*; negli atti *deliberati*; negli atti di *risoluzione istantanea*, non eccitata da impeto di cieco affetto; cessa ogni ragione di escludere il tentativo; perchè la volontà a cui concorse o il tempo per riflettere, o la *calma* dello spirito per calcolare, potè bene ordinare una serie di operazioni ad un fine determinato, ed esplicitamente previsto, oltre quello ottenuto.

Quando però all' agente mancò l'*intervallo* di tempo per deliberare, e la *calma* per calcolare le conseguenze degli atti cui si spingeva, negasi dalla comune dei criminalisti potersi applicare la nozione del *tentativo*.

E la ragione è piuttosto *psicologica*, che *giuridica*.

Giuridicamente si ha l'elemento *morale* del tentativo di un delitto, tostochè si suppone la intenzione diretta ad eseguirlo.

Ma *psicologicamente* si nega che ad un animo agitato da veemente passione possa attribuirsi, nelle istantanee sue risoluzioni, una volontà definitamente diretta a fine diverso da quello ottenuto. La passione toglie la lucidità dell'intel-

(1) Vedasi la mia lezione sul *dolo*.

letto. La rapidità dell'azione non dà agio a calcolare. Si agisce per isfogo dell'affetto che ci commove, senza riflettere cosa avverrà da ciò che facciamo. In una parola la distinzione fra atto assunto come *mezzo*, e effetto voluto come *fine*, implica un *ragionamento*, che non è compatibile con l'animo acciecatò dalla passione istantanea.

L'uomo adirato o impaurito che dà di piglio all'arma somministratagli dal furore, o dalla paura, vibra colpi per isfogo del sentimento che l'agita: ferisce per ferire; non pensa alla morte del suo nemico; o se questa idea gli balena al pensiero, non vi balena come un effetto che assolutamente si voglia da lui conseguire.

In tali condizioni l'*evento* deve misurare la imputazione, perchè è l'*unico* dato ove la giustizia trovi *certezza*.

Chiunque ha osservato le operazioni dell'uomo agitato da grande sdegno, o da grande timore; e lo ha veduto ruinare oggetti preziosi ed a sè carissimi, nianomettere persone teneramente amate, offendere persino sè stesso, bisogna bene convenga non essere compatibile con tale stato d'animo il concetto di un calcolo, che ad un determinato fine diriga i movimenti del corpo.

Ma supposto che qualche rarissima volta anche l'uomo acceso da cieco sdegno possa far presente a sè stesso l'idea *determinata* di dar morte al nemico, e intendere a questa; io dico che, se siffatta lucidità di previsione e siffatta esplicita volizione potrà in rari casi essersi

maturata anche nell'impeto di viva passione; il giudice non avrà mai un criterio sufficiente per farsene *certo*. Gli atti esterni dell'uomo infuriato essendo d'*ordinario irrazionali*, e scevri di *calcolo*, non potrà da questi atti argomentarsi con sicurezza che in un dato caso nel ferimento si vide piuttosto un *mezzo* che un *fine*. Ed allora è meglio accettare una regola che porterà a colpire di minor punizione un caso eccezionale su cento; di quello chè, rinegando la regola, esporre la giustizia a veder colpiti di pena maggiore i novantanove casi che la meritavano minore. Dagli atti si può argomentare la volontà nell'uomo che *ragiona*: ma nell'uomo che *non ragiona* cotesto criterio è fallace. Il giudice quando lo adopera è a sangue freddo: e dalle previsioni che in questo stato egli forma, argomenta le previsioni dell'uomo tratto fuori di sè. Ma questo imprestito delle proprie previsioni è logicamente vizioso, e riuscendo il più delle volte fallace converte le sentenze in voli pindarici.

Ove questi principj regnano accettati dalla giurisprudenza, nessuno dubitò mai che la repressione riuscisse insufficiente.

Se al contrario si ammette che negli atti eseguiti sotto l'impulso di violenta collera possa applicarsi la nozione del *tentativo*, non vi sarà più ferimento con arma a cui non possa, per una divinazione del giudice, applicarsi il titolo di *tentato omicidio*. L'*attitudine dei mezzi* a dar morte terrà costantemente luogo della *volontà* di

dar morte. E si confonderanno i due elementi del *conato*, che sono, e debbono mantenersi, essenzialmente distinti; si supplirà con l'uno a ciò che difetta nell'altro, dimenticando che ognun di loro deve avere una esistenza di per se stante.

Questo è l'abbaglio in cui cadono coloro che in tale questione ragionano con gli esempj. Se l'esempio si va cercando in un caso in cui la morte della vittima era la conseguenza *necessaria* e costante delle operazioni del giudicabile; io ammetterò che in tal caso debba cessare la regola; non per una speciale previsione dell'agente; ma perchè la natura del fatto non più comporta la distinzione tra *mezzo* e *fine*. Ma se ciò può avverarsi qualche rarissima volta nel *delitto mancato*, non sarà mai adattabile al semplice *tentativo*.

Così ROBERTI immaginò il caso dell' uomo irato che avesse gettato il nemico dalla vetta di un campanile. Qui scorge ognuno che l'effetto *unico possibile* di cotesto getto è la morte, tranne un miracolo. Ed allora, poichè la conseguenza dell'atto *non può* esser che *una*, bisogna bene a chi faceva quell'atto attribuire la intenzione di ottenere quell'unico possibile effetto. Così l'uomo che gettò il fuoco nella capanna del nemico per vendicarsi, o irato o nò, bisogna dire che volle incendiare; perchè non potendo quel suo atto condurre ad altro effetto, tranne l'incendio, alla sua natura repugna la distinzione

tra mezzo e *fine*. Ma quando si è voluto generalizzare con questi esempi; e farne applicazione al ferimento con arma diretta a certe parti del corpo umano, si è cambiata senza avvedersene la posizione del caso: perchè ad una fattispecie ove il possibile era *uno solo* — la morte — se ne sostituì un'altra, nella quale i possibili erano due — il *ferimento*, o la *morte*.

L'unica obiezione giuridica che potrebbe farsi a questa teoria sarebbe la seguente. Quando l'uomo adirato uccise, voi lo imputate di omicidio volontario: dunque ammettete la *volontà* di uccidere anche nell'ira. E se ammettete contestata volontà quando l'effetto è seguito, perchè non dovrete ammetterla anche quando l'effetto non è seguito?

L'obiezione non ha solidità. Quando l'effetto è seguito, base della imputazione di omicidio è la morte di un cittadino verificatasi. O l'agente nell'ira la prevedesse *esplicitamente* come conseguenza del suo operato, e questa precisamente ci volesse; oppure egli confusamente intendesse a far male al nemico, senza lucidamente scorgere come conseguenza dei suoi atti la morte di lui, ciò torna all'istesso. La morte avvenne: avvenne pei mezzi che quegli volontario adoprerò a fin di nuocere al nemico. Se il male superò le sue aspettative, ei sempre ne è responsabile: questa regola severa ha base nella connessione probabile tra i mezzi adoperati e l'evento seguitone; connessione che rende l'agente responsabile an-

che della non previsione: ha la sua ragione nel bisogno politico di una difesa proporzionata all'offesa verificatasi.

Ma nel tentativo non può prendersi per base della imputazione l'*evento*. Quella non trova appoggio su questo; e tutto ha radice nella volontà dell'agente. Ed allora la *volontarietà del mezzo* non è più sufficiente a creare il titolo di omicidio, quando essi omicidio non cagionarono. È necessaria la *volontà diretta al fine*. E questa non può mai ravvisarsi con sicuro criterio in uomo, la cui mente è intorbidata da cieca passione, e che senza calcolo e senza riflessione ruina ad agire. Il suo *dolo* è sempre *indeterminato*. Basterà, perchè si dica *doloso* il fatto che avviene: ma non basterà per supplire all'effetto che non seguì: perchè quella vaga intenzione di nuocere che spingeva l'uomo infuriato all'offesa, fluttuasse pure tra l'idea di ferire e di uccidere, non può ricevere la sua determinazione che dall'evento.

Che se realmente si apprende potere da questa regola risaltarne una troppo debole repressione a certi ferimenti accompagnati da effettivo pericolo, pronto è il mezzo di riparare a ciò, obbedendo ai principii della scienza, anzichè girle a ritroso. Il pericolo di vita, è una condizione *intrinseca* al ferimento, indipendentemente da qualunque *previsione* del feritore. Ne aumenta la forza fisica; ed è ragione tutta giusta di aumentarne la imputazione. Ma ciò come conseguen-

za tutta propria dell'elemento materiale. E come il *danno* maggiore aumenta l'imputazione del ferimento senza bisogno che quello fosse esplicitamente preveduto dall'agente; così il *pericolo* maggiore di una lesione deve aumentarne la imputazione, per conseguenza del semplice criterio delle sue condizioni materiali, ancorchè quel *pericolo* non fosse *esplicitamente preveduto* dall'agente. Desumendo l'aumento di imputazione dal *pericolo* o *effettivo* o *potenziale* di una ferita, si obbedisce ad una norma *vera* e *certificabile*. Pretendendo trarlo da una esplicita previsione anche in quei casi nei quali essa è o psicologicamente impossibile, o non mai discernibile con sicurezza, si segue una norma, che in astratto non ha verità; e che in concreto è fallace. E ad un criterio positivo e sicuro si sostituisce l'arbitrio e l'impressione; ultimo duce delle questioni intenzionali.

Io tengo dunque per vero anche questo secondo requisito: e concludo che l'elemento *morale* del tentativo consiste in una *intenzione diretta*, e *perfetta*.

ELEMENTO FISICO — *Atto pericoloso* — *Indagine subiettiva*.

Il *pericolo* nel tentativo fa la funzione del *danno immediato*. Come per regola il *consumato* misfatto non può essere, se *danno* non vi è; così non può essere il *tentativo*, se non vi è *pericolo*.

Ma il *pericolo* può non calcolarsi in certi atti per doppia cagione. O perchè *non vi sia*; ed allora manca il conato per ragione di *difetto* nella forza fisica: o perchè vi sia un *danno* che soverchi la considerazione del *pericolo*; ed allora manca il conato per ragione di *eccesso*.

DIFETTO nella forza fisica del conato.

Per dire che in certi atti vi fu *pericolo*, e così vi fu *tentativo*, bisogna che cotesti atti rappresentino un *incominciamento di esecuzione*. Solo dal momento in cui con qualche *atto esterno* si è intrapresa la violazione di un diritto, può dirsi con verità che lo stato pericolante di quel diritto incominciò. Fino a questo punto vi sarà un' *apprensione*, e nulla più.

Da ciò si desumono due principj: — 1.^o che ad aver *tentativo* occorre un *atto esterno* di esecuzione: — 2.^o che questo atto esterno deve avere la *potenza* di raggiungere il fine delittuoso. Di qui le molte conseguenze che escludono la nozione del conato da certi casi, ove taluno erroneamente la ravvisò.

Dal primo principio se ne deduce che:

1.^o Non possono tradursi come *conati* i *nudi pensieri*. Già sappiamo che coi nudi pensieri non si viola la legge civile. Senza atto esterno non può aversi delitto: dunque senza atto esterno non può aversi tentativo. E ove pure al pensiero delittuoso susseguia la sua manifestazione, questa semplice manifestazione non è mai un cominciamento di esecuzione. Nè dicasi, come taluno

obietto, che questa regola soffre eccezione nei delitti *di stampa*. Nei delitti di stampa non si punisce il *pensiero* anarchico, immorale, o antireligioso come un *principio* di *esecuzione* di un attacco al trono o all'altare, o del delitto a cui lo scritto eccitò gli altri: ma come un delitto consumato, la cui forza fisica sta nella diffusione dell'idea sovversiva; il danno è recato alla società con la potenziale corruzione degli animi altrui.

2.^o Non sono *tentativo* le *minacce*, sebbene accompagnate da *gesto*, quando il gesto non è diretto ad *incominciare* l'esecuzione del misfatto, ma soltanto ad esprimere l'intenzione di commetterlo. Qui non solo manca la forza fisica del conato perchè l'*atto esterno* guardato in sè stesso non è un intraprendimento della esecuzione criminosa: ma difetta eziandio l'elemento *morale*; perchè non si è certi che colui che minaccia abbia veramente l'animo di poscia eseguire. Se le minacce (il cui danno consiste nel timore arrecato) si punissero come conati, si andrebbe all'assurdo di doverle lasciare impunte quando constasse dell'intenzione di non eseguirle.

3.^o Non sono tentativi gli *accordi criminali*: le idee, quantunque comunicate con la *parola* fra due malvagj: la volontà benchè spinta al più deliberato proposito nel concerto seguito frai più scellerati; non cessano di essere una *semplice idea*, una *semplice volontà*. La parola non è un atto esterno che *incominci* l'esecuzione di un omicidio, di uno stupro, di un in-

rendio. L'accordo criminoso, e così il mandato, la istigazione, e la società a delinquere, possono imputarsi come delitti di per sè stanti, ma non come *tentativi*; perchè chi comanda ad altri di eseguire non ha anche cominciato la *esecuzione* del delitto che vuole.

Dal secondo principio se ne deduce che:

4.^o Non sono conati gli atti meramente *preparatorii*. Sebbene nel disegno dell'agente possano questi rappresentare un *cominciamento* della operazione criminosa ch'ei deliberò; in loro non può ravvisarsi l'*univoca* direzione al delitto.

5.^o Non sono conati gli atti che mancano di *idoneità* tanto *subiettiva* quanto *obiettiva*. La inidoneità che il Carmignani chiamò *subiettiva*, altri la dicono *assoluta*, altri *astratta*. È la inidoneità che accompagna il subietto attivo dell'esecuzione, qualunque sia per esserne il subietto passivo. La inidoneità che Carmignani chiamò *obiettiva*, altri la dicono *relativa*, altri *concreta*. È quella inidoneità che non accompagna costantemente certi atti; ma si verifica nel *rapporto* di un *fine speciale*, e di *altro* nò. Così a cagion d'esempio possono i periti dire che la quantità di veleno somministrata non era sufficiente ad uccidere *colui al quale* fu porto, perchè di costituzione eccezionalmente robusta; ma era capace a dar morte ad *altri* uomini di costituzione ordinaria: ecco una inidoneità, *relativa, concreta, obiettiva*: nata cioè dal *fine speciale* cui tendeva l'agente; che era di dar morte a quell'atle-

ta. Tale inidoneità non basta ad escludere il *tentativo*; perchè guardato in *astratto*, in modo *assoluto*, o *subiettivamente* il mezzo adoperato, presentava un' *idoneità*. All' inverso possono i periti dire che quel veleno non avrebbe ucciso uomini di salda costituzione; ma poteva benissimo uccidere *quel tale* cui volea ministrarsi; perchè di tenera età, o di gracili membra. Ecco che il mezzo ha perduto il carattere di inidoneità che, guardato in sè astrattamente, potea presentare; ed è divenuto idoneo pel rapporto del *fine* cui dirigevasi nel caso concreto. Nel primo caso il pericolo esisteva in astratto, e mancò pel *fortuito imprevisto* della eccezionale costituzione della vittima designata. Nel secondo caso il pericolo esiste veramente.

In ambedue i casi si avrà il *tentativo*; perchè l'atto esterno offre un grado di *pericolo* che è sufficiente a costituirne la forza fisica. È gravissimo errore di una moderna scuola germanica pretendere che quantunque il mezzo sia inidoneo così in *astratto* come in *concreto*, pure si abbia conato imputabile politicamente. Cotesta sistenia porta diritto a punire la *sola intenzione*: e sovverte il principio politico del diritto penale, riportando nella scienza sotto variato nome di sindacato morale il sindacato religioso che gittolla sì a lungo in una catena di errori sovversivi di ogni civile libertà.

Dissi il *tentativo*: e qui uso cotesta parola nel contrapposto di *delitto mancato*; perchè anco

ammessa la distinzione fra *inidoneità assoluta*, e *relativa*, non potrebbe mai cotesta regola, senza una distinzione normale, applicarsi al *delitto mancato*, come a suo luogo dimostrerò.

Taluno questa teoria della *inidoneità* volle intendere in certa guisa, che senza avvedersene la distrusse. Taluno pensò che la *inidoneità* escludesse il *tentativo*, solo quando era *conosciuta* dall' agente. Ma questo è un errore palpabile. Secondo costoro colui che diede zucchero al fine di avvelenare, evade l'imputazione del tentativo solo quando si mostri che egli *sapeva* la polvere da lui preparata essere sostanza *incapace* a dar morte. Se egli pensava erroneamente che anche il zucchero *bastasse* ad uccidere, o che quel zucchero fosse arsenico; egli è tenuto, al dire di costoro, di *tentativo*, quantunque quella sostanza fosse assolutamente ed in rapporto a qualsivoglia individuo, costantemente *inidonea*. Ma l'errore è tosto palese ove si avverta, che se si suppone la *cognizione* della innocenza del mezzo, per necessità sparisce l'*intenzione* di raggiungere il fine. Quando alcuno usa mezzo che *conosce* incapace a dar morte; o bisogna supporre la follia di tal uomo; o bisogna per necessità ritenere ch'ei non voleva uccidere. La *scienza* della *inidoneità* del mezzo distruggendo per necessità logica la volontà di raggiungere il fine, ne consegue che in tale ipotesi il tentativo sparisce per difetto di *intenzione*, e non per difetto di *idoneità*: cessa per difetto della forza *morale*, e non per difetto della

forza *fisica*. Ed ecco perchè io diceva, che la regola della *inidoneità*, con lo intenderla in cotesta guisa veniva inavvedutamente distrutta.

La regola della *inidoneità* è regola di per sè stante. La *inidoneità* opera la cessazione dell'*elemento materiale* del conato, e così la cessazione del conato per difetto di pericolo. Essa presuppone il pieno concorso dell'*elemento morale*; l'intenzione di raggiungere il fine delittuoso. La quale non può esistere, se colui che adopera il mezzo non lo *crede* capacissimo a procacciare l'evento che risolutamente desidera. È in questo presupposto che la regola della *inidoneità* opera il suo effetto giuridico distruttore della nozione del tentativo. E l'opera non per ragione di mancanza di *volontà*, ma per ragione di mancanza di *pericolo*: e così pel principio ultimo e sommo dominatore di questa teoria, che dove cessa il *pericolo* non resta che la malvagia *volontà*; perchè l'atto *inidoneo* è come *non esistente* in faccia alla legge sociale; e la nuda *volontà* scompagnata da *danno* e da *pericolo* non si punisce dalla giustizia terrena.

Bisogna però avvertire che quando si parla di *tentativo*, la *inidoneità* di un atto non distrugge la *idoneità* degli atti precedenti. Così se dopo una serie di atti diretti ad un fine criminoso, e *capacissimi* a raggiungerla, se ne eseguisca un altro del tutto *inidoneo*, qualora quella serie di atti *idonei* precedenti già costituisse un *tentativo* punibile, l'ultimo atto *inidoneo* non distrugge il ten-

tativo precedentemente compiuto. L' errore che avviluppò l' intelletto dell' agente, e lo portò a far l' atto *inidoneo* supponendolo *idoneo*, rappresenta il *fortuito* che impedì l' evento sinistro. Ciò impedì il delitto consumato; ma non distrusse il tentativo già compiuto, nè cancellò la imputazione già incorsa, sì perchè *factum infectum fieri nequit*; sì perchè fu questo un processo ulteriore della perseverante volontà criminosa. L' avvelenatore preparò il veleno, e si introdusse nella casa del nemico per gettarglielo nella vivanda: ma avvenne che lo gettò in un vaso ove bolliva tale sostanza in cui era virtù di neutralizzare la potenza micidiale del veleno. Ecco che da questo momento tutti gli atti successivi diretti a consumare la porrezione del veleno, cadono sopra un subietto *inidoneo*, perchè ormai quella miscela *non è più veleno*. Se fin da principio gli atti esecutivi fossero caduti sopra sostanza assolutamente innocua, non vi sarebbe mai stato *pericolo*; ed esulerebbe ogni idea di *tentativo* punibile. Ma nel caso proposto è forza distinguere la prima serie degli atti dalla seconda. Per tutta la prima serie il mezzo era *idoneo*. Il malvagio acquistò il veleno; lo preparò; s' introdusse nella casa del nemico; si appressò al focolare ove bollivano le vivande. In tutta questa serie di atti il mezzo fu *idoneo*: era un veleno micidiale. Dopo il getto nel vaso che chiudeva la sostanza neutralizzante, il mezzo divenne *inidoneo*: da questo momento la seconda serie di atti non può aver peso sulla

bilancia della giustizia: essi sono nulli, perchè, caduti su mezzo inidoneo, non presentano *pericolo*. Ma i primi erano già fatto compiuto; e nei primi vi era l'*idoneità*, e con questa il *pericolo*; nè la prima serie di atti voluntarii costituenti il tentativo può cancellarsi per gli atti successivi coi quali o un' *accidentalità*, o *involontariamente* lo stesso reo, distrusse l'effetto dei primi. Certamente a fare sparire il *delitto mancato* basta che la inidoneità colpisca *un solo* dei molti momenti di esecuzione del delitto, in qualunque stadio della loro serie egli cada, come altrove dirò. Ma il *tentativo*, se prima esisteva, non cessa di esistere.

Non deve adunque mai perdersi di vista nel calcolo della inidoneità, la considerazione dell'ordine *cronologico* che l'*atto inidoneo* occupa nella serie degli atti esecutivi. E deve tenersi conto di ciò, per applicare il principio, a parer mio incriticabile e fecondo di molteplici conseguenze, che — *l'inidoneità antecedente informa tutti gli atti susseguenti: ma l'inidoneità susseguente non modifica gli atti antecedenti*.

6.^o Cessa il conato per l'*ostacolo giuridico* alla sussistenza del delitto voluto. Questo caso si avvera tutta volta che gli atti esecutivi, sebbene astrattamente idonei, e dall'agente diretti esplicitamente al fine delittuoso, caddero sopra un *soggetto passivo* che, o in sè medesimo, o nei rapporti con la *persona delinquente*, offriva

tali caratteri da distruggere *legalmente* la nozione del delitto voluto.

Ciò si esemplifica in colui che credendo* consumare adulterio con la donna d'altri, giacque con la donna propria: o con donna che all'insaputa sua era di già vedovata del proprio consorte: in colui che credendo commettere un furto, rubò la cosa propria, o quella pertinente al suo genitore: in colui che introdottosi notturnamente in casa del nemico, lo assalì nel suo letto, e credendolo sopito gli immerse il pugnale nel cuore, mentre quegli era già per istantaneo morbo mancato ai viventi. In questi e simili casi si riscontrerebbe ad esuberanza quanto la scienza esige ad avere il *tentativo* criminoso: elemento morale, nella determinazione di commettere quel delitto: elemento fisico, nella esecuzione di atti conducenti allo scopo. Ma la legge non ravvisa adulterio nel concubito colla donna propria o con donna libera: non ravvisa furto nella sottrazione delle cose proprie, o pertinenti al genitori: non omicidio nel pugnalarlo un cadavere. Il delitto non fu consumato per l'ostacolo *legale* che lo rese impossibile, a causa, o della condizione del subietto passivo, o delli speciali rapporti tra questo e l'agente. Or poichè gli atti si diressero su quel subietto, si diressero in tutta la loro serie ad uno scopo *legalmente impossibile*: e perciò non vi fu *mai* neppure un istante il *pericolo* della violazione della legge. Concordi i nostri maestri insegnarono che in simili contingenze sparisce la nozione del

tentativo. Questo è il caso che dicesi di delitto impedito da *causa legale*.

In cotesto punto di teoria deve però distinguersi fra il caso in cui la repugnanza *legale* si verifichi nel *subietto passivo della consumazione*, e il caso in cui si verifichi anche nel *subietto passivo dell' attentato*.

Dicesi *subietto passivo dell' attentato* tuttociò su cui cadono gli atti esecutivi precedenti la consumazione. Dicesi *subietto passivo della consumazione* ciò su cui cade l'ultimo atto consumativo del delitto. Così nel furto che si eseguisca, a cagion d'esempio, col mezzo di scasso; la porta che il ladro infrange, la casa che egli invade, sono il *subietto passivo dell' attentato*, perchè coll'atterrare l'uscio, e coll'introdursi in casa non si consuma il furto. Invece il mobile che il ladro prende per appropriarselo costituisce il *subietto passivo della consumazione*, perchè con quella apprensione consumasi il furto (1).

(1) L'*obietto* del delitto non è l'uomo, o la cosa. Il *delitto*, concetto tutto giuridico, non ha altro *obietto* che la *legge* che viola. Facendo *obietto* del delitto l'uomo o la cosa si mette da parte affatto la *legge* offesa, che è la primaria condizione del delitto, poichè se ella non fosse, non esisterebbe neppur questo. Nei delitti si punisce non l'offesa all'uomo o alla cosa, ma l'offesa alla legge. Tanto è ciò vero che se si supponesse l'ignoranza invincibile della legge proibitiva, l'offesa all'uomo e alla cosa non sarebbe punibile.

Tuttociò che materialmente costituisce tale infrazione, è *subietto* del delitto. Ne è *subietto attivo* l'agente, e gli

Ora io diceva che la teoria dell' *ostacolo legale*, verissima quando l'ostacolo risieda nel *subietto passivo* così dell' *attentato* come della *consumazione* congiuntamente, non parmi vera, quando l'ostacolo che riscontrasi nel *subietto passivo della consumazione*, non si riscontrò nel *subietto passivo dell' attentato*. Tornando all'esempio del furto con scasso, fingasi che il ladro siasi introdotto nella casa altrui atterrandone la porta. Certamente quella effrazione a fin di rubare costituisce il *tentativo* di furto. E se il ladro fosse a questo momento sorpreso, non esiteremmo ad imputargli il titolo di tentativo. Ma è avvenuto che il ladro dopo quella effrazione, penetrato

stromenti che adopera: ne è *subietto passivo* l'uomo o la cosa sulla quale si è consumata l'azione. Con l'azione di quelli, e con la passione di questi si viene a ferire la legge; ultimo ed unico bersaglio delle materialità criminali. Procedendo altrimenti o bisogna denaturare la nozione giuridica del delitto che consiste nell' *infrazione di una legge*: o bisogna dargli *due obietti*; lo che genera confusione. L'uomo o la cosa sono *obietto* materiale dell' *azione*: il subietto passivo sotto il rapporto materiale sarà *obietto* al subietto attivo. Ma l'uno e l'altro assumono il carattere di *subietto* in faccia alla legge violata quando non più si considerano gli atti isolati; ma tutto l'insieme dei materiali che concorsero a violare la legge si guarda nel suo rapporto giuridico col precetto violato. Questo avvicinarsi della condizione di subietto e di obietto nella cosa stessa secondo lo inoltrarsi di un'azione, è d'altronde costante: e deve esserlo; perchè si tratta di una nozione che non è *assoluta*, ma puramente *relativa*. D o Giachè mi guardate mentre pesto il vele-

nell'altrui dimora, per l'oscurità, o per la sollecitudine illuso, anzichè togliersi cosa di altri, ha preso la cosa propria. Certamente nessuno dirà che egli abbia *consumato* un furto: ma questa accidentalità distrugge ella il precedente *tentativo*, che era ormai fatto compiuto? A me pare che nò. Cotesta *accidentalità* è il fortuito che ha impedito la *consumazione*, perchè i rapporti tra il subietto attivo e il subietto passivo della consumazione fecero impedimento alla nozione del delitto. Ma questo fortuito non cancella la imputabilità degli atti precedenti: in questi era idoneità: in questi era *pericolo*: e senza quel

no, di questa mia azione il subietto son io, l'obietto è il veleno: se poi mi guardate quando vado ad avvelenar la minestra gettandovi quel veleno, il subietto in questa azione sono io e il veleno, l'obietto è la minestra: se proseguite a guardarmi quando porgo la minestra attossicata al nemico; ecco anche la minestra è divenuta subietto, l'obietto è il nemico. Se infine guardate tutto questo insieme di atti nel suo rapporto con la legge; anche l'uomo perde in questo rapporto il suo carattere di obietto; e diviene (come lo divennero la minestra e il veleno) subietto della violazione della legge, o sia dell'ente non materiale, ma astratto, che chiamasi *delitto*.

L'*obietto* del peccato chi è? È Dio offeso nella sua legge. Non è già la cosa rubata, o la donna violata: ma Dio; perchè la nozione teologica di peccato è quella di offesa a Dio; non all'uomo. E così la nozione giuridica del *delitto* è l'offesa alla legge sociale; non all'individuo. Dunque l'obietto del delitto non è l'individuo ma la legge. E così l'obietto di ciascun delitto viene a specializzarsi nel *fine criminoso*, in quanto viola la legge.

fortunato errore si sarebbe consumato un vero furto. Ritorno dunque al principio affermato di sopra; l' *inidoneità* dell' atto *consumativo* non distrugge la *idoneità* degli atti *attentatorii*: e quando questi presentino i caratteri costituenti l' attentato, l' *inidoneità* dell' atto *consumativo* è un fortuito che ha impedito la consumazione, ma che non può far cessare il precedente conato, nè la imputazione già incorsa per tale conato. Perchè l' *ostacolo legale* residente nel *subietto passivo della consumazione* distruggesse la nozione del tentativo nei precedenti atti esecutivi, bisognerebbe dimostrare che quel ladro atterrò la porta, e si introdusse colà al *fine preciso* di sottrarre *quella cosa*, che credeva d' altri ed era sua. Allora gli atti essendosi fin dal principio diretti ad un *fine*, nel quale il *reato* era *legalmente* impossibile, cessa ogni idea di pericolo anche nei precedenti. Ma se il ladro si introdusse col fine di rubare altri oggetti, e casualmente errò; non sembra possa dirsi altrettanto.

7.^o Affine al precedente è il caso di cessazione di conato per la *mancanza del soggetto passivo della consumazione* (o come altri dicono, dell' *oggetto*). I ladri si introdussero a fin di rubare in una casa che era assolutamente vuota: non vi erano che le nude pareti. La Corte di Napoli decise non ricorrere in questo caso gli estremi del tentativo di furto, perchè i ladri pretendendo rubare dove non era niente da rubare, si accinsero a cosa impossibile. Su questa considerazione

molti criminalisti di vaglia assidono una regola generale, che la mancanza dell'*oggetto* (o sia del *soggetto passivo della consumazione*) faccia sparire costantemente il *tentativo*. Il principio è vero: e si segnala come una aberrazione la sentenza di un tribunale superiore di Sassonia, che nel 1851 condannò come rea di *tentato aborto* una ragazza, la quale aveva sorbito un abortivo credendo esser gravida, mentre realmente non lo era. Mi permetterei peraltro di dubitare di questa regola nel modo assoluto col quale si spende. E le mie ragioni di dubitarne son le seguenti.

La *non esistenza* del soggetto passivo del delitto nel luogo ove il reo credeva trovarlo, rappresenta il caso *fortuito* che ha impedito la consumazion del delitto. Ma se senza questo fortuito impreveduto gli atti precedenti presentavano una *idoneità* da eccitare ragionato timore, perchè il *pericolo* che esisteva in tali atti deve tenersi in niun conto? Figurisi che un mio nemico abbia preparato una mina sotto il mio letto per incendiarla quando io vi giaccio, ed uccidermi. All' ora in cui soleva essermi coricato, ed il nemico credeva che io lo fossi, egli ha fatto esploder la mina. Ma fortunatamente in quella sera io mi coricai in altra camera; e fui salvo. Applicando illimitatamente l'anzidetta regola, si dirà che qui non esiste *tentativo* punibile, perchè mancava l'*oggetto*. Che non vi sia *delitto mancato* ne vado pienamente d'accordo. Ma che non vi sia neppur *tentativo*, io non so persuadermelo. Fino al

momento della consumazione io veggio una serie di atti malvagiamente diretti a fine nefasto, e rurgitanti di grave pericolo; e rimpetto a questi io scorgo una imputazione già incorsa. Nè posso persuadermi che quella imputazione si cancelli per la precipitanza con che il malvagio, sempre tenace nel reo proposito, ha dato opera all'atto consumativo. Quest'ultimo atto fu inutile, inidoneo; e perciò sta bene che la giustizia non ne tenga calcolo contro di lui: ma da ciò non deriva a mio credere che quest'atto di più col quale ei spinse fino all'estremo lo scellerato disegno, debba purgarlo dalla imputazione già incorsa. E chi non vede che ne avverrebbe l'assurdo di migliorare la condizione del giudicabile per l'unica ragione che egli ha fatto un passo di più nella carriera del delitto! Può egli ammettersi che un reo si purghi dalla responsabilità che già lo grava, col perseverare nel truce divisamento, ed eseguire un atto ulteriore per violare la legge!

Credo pertanto che la regola della *manca-za del subietto passivo della consumazione*, abbia tuttora bisogno di essere meditata da menti che più valgano della mia (1).

(1) Nel senso della dottrina che la *manca-za* del soggetto passivo del delitto escluda ogni tentativo vedasi NICCOLINI (questioni pag. 617 ediz. livornese) — ROSSI 2, 310 — LE SELLYER 1, 18 — CHAVEAU chap. 43 §. 5 — RAUTER n. 94 — TREBUTIEN vol. 1. pag. 93. — MONTPELLIER 26 fevrier 1852. Nel senso della dot-

Io volentieri distinguerei il caso in cui l'*oggetto* non aveva mai esistito nel *luogo* ove si dirigeva l'azione; dal caso in cui *vi ha esistito*, e doveva verosimilmente esservi; ma per un' accidentalità ne fu tolto, o non vi fu ancora collocato. Così se il casamento invaso dal ladro era abitualmente vuoto; il ladro gittossi a ventura; ed ai suoi atti inconsiderati potrà mancare il criterio del *tentativo*. Ma se colà esisterono per lo innanzi gli oggetti che disegnava rubare; e per cautela del padrone si erano altrove poco prima asportati, questa cautela o casualità, che configura il fortuito impedimento della consumazione, non può togliere al fatto la nozione del tentativo.

ECCESSO nella forza fisica del conato.

Il *difetto* nella forza fisica del conato si avvera quando negli atti, ove pretenderebbe ravvisarsi *tentativo*, non ha esistito *pericolo*.

trina opposta, argomentata dalla *leg. saccularii ff. de extraordinar. criminibus*, può vedersi AGEN 8 decem. 1849— e la decisione della nostra CASSAZIONE del 22 gennaio 1841 (Annali 3, 53). Non bisogna però dimenticare giammai che nello studio di *tutte* le questioni del tentativo è pericoloso lo accettare ciecamente come dottrina *scientifica* le opinioni dei moderni criminalisti *francesi*. E ciò per la ragione che essi fondano le loro teorie sulla viziosissima redazione dell'art. 2 del loro Codice del 1810, che racchiude sotto una stessa formula il tentativo prossimo, e il delitto mancato. Cosicchè tali opinioni, che sono vere e sante rimpetto al diritto *costituito* in Francia, non sempre corrono come precetti assoluti di scienza.

L'*eccesso* si avvera quando, oltre il *pericolo* di un danno non avvenuto, gli atti eseguiti recarono un *danno presente*, che sotto il rapporto della politica gravità supera ed assorbe la considerazione di cotesto pericolo.

Ciò accade quando gli atti posti in essere come *mezzo* diretto a un fine criminoso non ottenuto, o costituiscono già *completa* la violazione di questo stesso *diritto*, e di quella stessa legge che si volea manomettere con l'atto finale; o costituiscono violazione *completa* di un diritto e di una legge *più importante*.

Per cagione del primo risultato nei delitti contro la *morale*, o la *religione*, non si ha che o delitto perfetto, o atto innocente. Non potendo esistere il tentativo senza atto esterno incoativo di esecuzione, ne avviene che i primi atti esterni conducenti ad oltraggiar la morale o la religione, sebbene obiettivamente appariscano interrotti perchè il malvagio non raggiunse il fine voluto (p. e. non arrivò a spezzare, come voleva, la sacra immagine contro la quale menava colpi) presentano già *subiettivamente* completa l'offesa alla religione, od alla morale; e si hanno perciò come *consumati* delitti.

Così in certi delitti *politici*, consistendo la violazione della legge nello *attacco* contro l'autorità politica dello stato; o gli atti eseguiti non sono niente; o se hanno incominciato la esecuzione, vuol dire che hanno incominciato l'attacco contro il governo, e presentano una violazione della leg-

ge già completa in sè stessa; un delitto *perfetto*.

Così nei delitti di *parola*, non potendo il principio univoco di *esecuzione* consistere che nel proferire certe parole esprimenti p. e. ingiuria, o bestemmia; se tal parola non sarà proferita, non si avrà principio di esecuzione; e se questo vi sarà, bisognerà trovarvi la completa violazione della legge, e per conseguenza non più il *pericolo*, ma il *danno* effettivo.

Così in tutti i delitti i quali *perficiuntur unico actu*, il principio d' *esecuzione* rappresenta sempre il *danno*, e l' effettiva violazione della legge; e perciò non ammettono tentativo. Così in tutti quei delitti nei quali la legge punisca il solo *pericolo*; come la delazione di arme; il principio di *esecuzione* che rappresenta il pericolo, viene a costituire ciò che basta alla legge per avere un delitto *perfetto*. Nulla importa che il reo avesse in animo di delare più lungamente quell' arme; e ne sia stato impedito. In quel primo momento si ha già la *consumata* violazione della legge.

Di questi casi di cessazione di conato il CARMIGNANI forma una terza classe speciale, in cui, secondo il suo linguaggio, sparisce il tentativo per l' *indole dell' azione*. È vero che la causa della cessazione del conato è in tali casi l' *indole* dell' azione; ma questa è la causa ontologica. La causa *giuridica* per cui siffatta indole di azione non ammette tentativo, è la ragion dell' *eccesso*; perchè in cotesti casi si trova già consumata la

violazione della legge nei primi atti di esecuzione. Cosicchè, ammesso che ambedue le formule siano esatte, io prescelgo questa perchè più semplice.

Per cagione del secondo risultato l'*eccesso* fa sparire il conato in tutti quei fatti che nel rapporto subiettivo sono o più gravi, o almeno ugualmente, che nel rapporto obiettivo.

Tutte le azioni degli uomini sono una continua catena di *mezzi* e di *fini*. Se si menasse buono ad un reo il pretesto di non aver conseguito il suo *ultimo fine*, per ammettergli la degradazione dell'imputazione sul calcolo della *imperfezione* del delitto, non avremmo mai fine; e rarissima sarebbe l'applicazione della pena e del titolo di *delitto perfetto*. Raramente (tranne casi di vendetta) il delitto è fine a sè stesso. Un uomo rapisce una donna per saziar la libidine: altri giura il falso per fare assolvere un reo: altri cela l'arme del micidiale affinchè non sia scoperto dalla giustizia: altri incute terrore perchè si desista da un fatto: altri uccide per avere l'eredità: altri congiura per rovesciare il governo: altri diffama il nemico per fargli perder l'impiego: altri predica gli empj domini perchè sia rinegata la fede: altri falsifica per lucrare: e non finirei sì tosto con tali esempi. Ecco: la prima violazione della legge nel disegno del reo non è che un *mezzo* per la consecuzione di un bene; nella quale può di frequente ravvisarsi una seconda violazione di legge. L'accusato vi dirà, io rapii la donna, ma non isfogai il disonesto appetito: giu-

rai falso, ma non fui creduto: favoreggiai, ma il reato fu scoperto: atterrii, ma non fu desistito; uccisi, ma non ebbi il retaggio: congiurai, ma invano: diffamai, ma non riuscii al disonore del nemico: predicai, ma non ebbi proseliti: se voi lo lasciate correre su questa linea non avete più che attentati. Ma questa linea è rinnegata dalla scienza moderna. Se fosse il giudice obbligato a tener dietro all'*ultimo fine* del reo per decidere se ricorre o no *delitto perfetto*, si avrebbe una confusione senza confini: nè più sarebbe possibile trovare una formula per definire il conato. La scienza però distingue fra il *compimento del disegno* del reo, e l'*effettiva violazione della legge*. E in questa ella trova secondo le sue condizioni *delitto perfetto*, quantunque il colpevole non abbia conseguito il suo *ultimo fine*. Nel disegno del reo l'*operazione è incompiuta*, o delusa: agli occhi della scienza il *delitto è consumato*. Se le operazioni ulteriori che dal reo si attendevano avrebbero costituito delitto più grave, il delitto perfetto che fu *mezzo* si giudica come attentato del *delitto fine*; appunto perchè il *fine eccede* in gravità politica sopra il mezzo. Ma se invece accade il rovescio, il delitto destinato ad esser *mezzo* si giudica come *delitto perfetto*. L'aver agognato quel fine lo può aggravare; ma il non averlo ottenuto non ne può degradare il titolo.

Così la *calunnia*, il *favoreggiamento*, e la *falsa testimonianza*, sebbene obiettivamente interrotti

(perchè non giunti a procacciare la condanna dell'innocente, o l'assoluzione del colpevole), sono delitti *perfetti*: perchè la legge, che a tali delitti si oppone, mirando a proteggere la santità della pubblica giustizia, tostochè la falsa accusa od il falso deposto sono completi, è completa la violazione del diritto che la legge protegge, perchè consumata l'offesa alla giustizia: ed è *perfetto* il delitto.

Su questo proposito bisogna per altro avvertire alla formula che si adopera. Quando si dice che LA *calunnia*, e LA *falsa testimonianza* NON SONO *conati*, si usa una formula esatta. Se si dice che NELLA *calunnia* o NELLA *falsa testimonianza* NON SI AMMETTE *conato*, si usa formula imprecisa, e che può esser feconda di errore. Anche la calunnia e la falsa testimonianza ammettono tentativo relativamente a sè stesse. Ed ognuno di facile lo comprende.

Uguualmente per ragione di *eccesso* non può ammettersi tentativo di *esimizione* col mezzo di *resistenza*. L' *esimizione* ammette un tentativo quando siasi voluta procacciare con altri mezzi. Ma il mezzo di resistere alla pubblica forza presenta in sè un delitto consumato e perfetto, del quale il diverso fine può costituire un aggravamento, ma non farlo degenerare in tentativo. Laonde la *resistenza a fine di esimere*, tostochè fu eseguita, sebbene senza ottenere l' *esimizione*, deve imputarsi come *resistenza a fine di esimere*, cioè come delitto *perfetto*, e non come ten-

tativo di esimizione. Tale è la opinione che io tenni sempre per vera. E tale concetto pare a me non difforme ma conforme al combinato disposto degli articoli 145, e 157 del Codice toscano.

Nel delitto di falso *nummario* e di falso *istrumentale* varia la nozione del *conato* secondo il diverso principio, che si elegge come costitutivo della loro importanza. Il *fine* di colui che falsifica una moneta o un documento deve esser quello di illuder altri, e a danno loro *arricchirsi*: cosicchè il *fine* non può dirsi a tutto rigore ottenuto, finchè la *locupletazione* del reo non avvenne mercè l'uso fortunato della moneta o documento falsificato. Ciò portò alcuni a ritenere che il delitto di falso non fosse *perfetto* finchè con la moneta *spesa*, o col documento *prodotto*, non si era ottenuto lo spoglio altrui. Ma questo concetto, che rendeva rarissima la perfezione del delitto in tali reati, non poteva praticamente accettarsi. L'*offesa* in simili delitti non deve guardarsi rispetto al privato patrimonio: ma alla *pubblica fede* tradita, mercè la *immutazione del vero*. Quando gli uomini, per agevolare il commercio e le contrattazioni, ebbero inventato la moneta, e il documento autentico; nacque un *diritto universale* nei cittadini. Il diritto cioè che la moneta o il documento non si alterasse; perchè nel circolo degli affari ognuno *potea* restare danneggiato dalla contraffazione. Siffatto *danno potenziale* è cosa tutta distinta dal

danno *mediato*. Questo consiste nel *timore* di una *ripetizione* del delitto, ed è tutto di immaginazione; quello risulta dal delitto *già commesso*, ed è tutto di *realtà*. Il danno che fa l'artefice ponendo in circolo la falsa moneta, ferisce tutti *immediatamente* nel patrimonio, non nell'*opinione* soltanto. Sarà un danno meramente *potenziale*; ma è danno *immediato*. È interesse generale che si rispetti la *fede* dovuta a certe specie, e a certi atti. Perciò vennesi a ravvisare come *perfetto* il delitto di falso tostochè, oltre la contraffazione, si aveva un principio di *uso* del documento o moneta alterata; quantunque per tempestiva scoperta non fosse avvenuto il lucro del reo, e il detrimento altrui. Ma la forza logica dell'anteposta considerazione non ferimossi qui. Ammesso una volta il principio, bisognava seguirlo in tutte le sue deduzioni: e lo fu. Trovato che in questi delitti l'offesa recata alla pubblica sicurezza col falsificare, era più grave dell'offesa recata al privato patrimonio con la estorsione del denaro, dovette ravvisarsi nella *falsificazione materialmente consumata* una *perfetta* offesa alla legge, per quanto poscia, impedito l'*uso*, rimanesse delusa ogni ulteriore aspettativa del reo. Ed ecco che anche questa teoria riposa sul principio dell'*eccesso*: in quanto appunto col *mezzo* si viola un diritto poziore di quello si violerebbe coll'asseruzione del fine. Dee qui per altro ripetersi l'avvertenza fatta di sopra in proposito della calunnia: altro è dire che la fal-

sificazione *consumata* di un documento pubblico, o di una moneta, *non sia* mero tentativo: altro dire che il falso *non ammetta* tentativo.

Finalmente per ragione di *eccesso* non si imputa come *tentato*, ma come consumato *latrocinio*, l'uccisione di un uomo commessa a fin di rubare; quantunque al colpevole, dopo consumata la strage, sia per qualsivoglia causa impedito il rubamento. Obiettivamente considerato, l'evento sarebbe mancato, perchè ciò che colui agognava, cioè la sua locupletazione, non fu ottenuto; ma guardato subiettivamente presenta negli atti eseguiti come *mezzo*, la consumata violazione di un diritto più importante di quello che si voleva violar come *fine* (il diritto alla *vita* rinpetto al diritto alla *roba*). Perciò quell'atto non è un *conato*, ma un delitto *perfetto*.

In tal guisa analiticamente percorrendo le deduzioni logiche e giuridiche, che emanano dagli elementi costitutivi del conato, se ne ottengono le note caratteristiche: ed ora possiamo, ricomponendo le nostre idee, definire il conato in questi termini — *Qualunque atto esterno, univocamente conducente di sua natura a un evento criminoso, ed al medesimo diretto con esplicita volontà, non susseguito dall' evento stesso, nè dalla violazione di un diritto poveriore.*

Questa definizione non si adatta al *delitto mancato*, come a suo luogo vedremo.

ISPEZIONE SECONDA — *Norme per misurare l'imputazione del conato.*

Il *tentativo* è un delitto *imperfetto*. Spontanea è dunque la prima regola sulla misura della sua imputabilità: che cioè il calcolo di questa deve innanzi tutto prendere le sue proporzioni dalla misura della imputazione, che sarebbe assegnata al delitto se fosse giunto alla sua *perfezione*. La cosa è intuitiva. Il conato rappresenta un *grado* in ciascuno dei delitti cui dirigevasi. Nel calcolo della *frazione* non può prescindersi dal considerare la quantità dell' *intero*. Nel determinare pertanto la repressione del conato il legislatore non può, senza rischio di errore, stabilire delle norme assolute; ma solo dei rapporti di *proporzione* con la repressione di ciascun delitto *consumato*.

L'ispezione presente non tende dunque a stabilire la norma della imputazione del delitto perfetto; ma solo a cercare la regola secondo la quale deve determinarsi nell' *attentato* il grado maggiore o minore di frazionamento della imputazione assegnata al delitto compiuto.

In tale indagine non può prescindersi dall'esame della *qualità*, e della *quantità* del conato. La prima determina il grado maggiore o minore della *forza morale* del tentativo. La seconda determina il grado della sua *forza fisica*.

QUALITÀ

Qualità, ci insegna il Mannzzi, è — *ciò che fa che una cosa è tale* — La *qualità* è attributo

di ogni ente, e costituisce il suo modo di esistere. Il *conato* è un delitto *imperfetto*. Ciò che lo fa restare *imperfetto* costituirà dunque il modo di essere, la specie, di un *tentativo*. Così la *qualità* di un delitto *imperfetto* non può trovarsi in altro se non nella *causa* che trattenne il suo *perfezionamento*. Varia adunque la *qualità* del *conato* come variano le *cause* che impedirono la consumazione del delitto.

Queste cause, pei bisogni dello scopo attuale, possono riferirsi a due classi — *volontarie*, e *casuali*.

Ometto la terza classe, che comunemente si enumera nelle cause *legali*; perchè queste non creano il *conato*, ma lo distruggono per *difetto*. Ora non può logicamente dirsi *qualità* di una cosa ciò che la fa *cessar* di essere, poichè la cessazione della *esistenza* è la cessazione di tutte le *qualità*. *Qualità* del *conato* è ciò che fa cessare il *delitto perfetto*, e nascere il *conato*. Le cause *legali* fanno cessare l'uno e l'altro.

Volontaria dicesi, per modo di antonomasia, la causa impeditiva dell'esecuzione, che ebbe la sua genesi puramente in un cambiamento tutto spontaneo di volontà nell'agente. Perchè la causa che trattenne il delitto si possa dir *volontaria*, non solo occorre che nasca da un *pentimento* dell'agente: ma il *pentimento* deve inoltre avere il carattere di cadere sul *fine*, e non sui *mezzi*. E per *mezzi* intendo, tutte le condizioni di luogo, di tempo, e di modo, con le quali il

malvagio aveva preordinato l' esecuzione del misfatto.

Se provasi che il malfattore desistè dall' azione, o perchè fu visto, o perchè giudicò inopportuno il momento, o per qualsivoglia altra cagione, tranne quella del rinnegamento assoluto della volontà criminosa; dell' abbandono cioè del *fine* malvagio; il reo non si è *pentito*; non ha desistito dal *fine*; ha solo desistito dai *mezzi*; ha semplicemente aggiornata l' esecuzione del misfatto; o ne ha modificato il disegno. La causa che impedì la consumazione non è più, nel linguaggio della scienza, *volontaria*.

Casuale dunque sarà sempre la *causa* tutte le volte che ebbe principio da un' accidentalità estranea all' agente, non solo quando questa esercitò la sua influenza *fisicamente* sul braccio di lui, ma anche quando agì *moralmente* sul di lui animo, determinandolo a desistere in quel momento dal delitto. Così se il ladro, dopo introdotto nell' altrui domicilio dove poteva sicuramente rubare, preso da salutare sinderesi si ritira, perchè rinnega la volontà di commettere il furto; costui può dirsi veramente *pentito*; e la causa dell' *imperfezione* del delitto è *volontaria*. Ma se quel ladro si ritirò perchè udì esser desti i proprietari, od un latrato di cane lo insospettì, non più può dirsi *pentito*; la causa dicesi *casuale*.

Le cause *casuali* si suddividono in cause *morali* e cause *fisiche*. Distinzione che a me pare doversi intendere in questa guisa.

Sono cause *fisiche* quelle che materialmente arrestarono il braccio del malfattore; o interposte tra il subietto attivo ed il subietto passivo, impedirono l'*evento* criminoso.

Sono cause *morali* quelle che agirono sulla di lui volontà, e lo costrinsero contro il suo desiderio a interrompere il corso delle sue operazioni. Le une e le altre sono figlie di una *accidentalità*, che la legge considera come *indipendente* dal reo.

Ora la varia *qualità del conato*; ossia la varietà delle *cause* che lo fecero rimaner tale; influisce sulla misura della sua imputazione per un principio razionalissimo. Vuole giustizia che a chiunque chiedasi conto del male che ha fatto, si tenga pur conto del bene che operò. Di qui il principio che tanto meno debba imputarsi il *conato*, quanto più il non perfezionamento del misfatto è referibile alla volontà dell'agente.

Questo principio si risolve in due regole — 1.^a La minorazione toccherà il suo apogèo quando la *causa* della desistenza sarà referibile *unicamente* alla volontà *tutta spontanea* dello stesso colpevole. — 2.^a Di qui la minorazione verrà decrescendo di grado in grado, in ragione diretta della influenza del *caso*.

Quando la *causa* sarà *volontaria* nel senso che ho detto, avremo l'effetto massimo di questa minorazione. Ma la medesima giungerà essa al punto di cancellare ogni imputazione? Tale è l'opinione di DESIMONI e di ROSSI, che a me sembra

preferibile alla contraria. CARMIGNANI oscillò su tale quistione; e dopo aver dapprima insegnato che il *conato* rimasto tale pel *pentimento* dell'agente, non era più imputabile (§. 238), aggiunse la nota 4 al §. 245, ove calcando le orme del BOEMERO e del KEMMERIK, adottò l'opinione che all'attentante dovesse pur sempre irrogarsi un infimo grado d'imputazione, ancorchè gli atti del suo *tentativo* non avessero prodotto nocumento nessuno, ed egli ne avesse desistito per pentimento spontaneo.

Convengo coll'insigne maestro che guardata la questione con rigore ontologico, tostochè un *tentativo*, accompagnato da caratteri che lo resero imputabile, fu una volta eseguito, il posteriore pentimento non lo distrugge; perchè *factum infectum fieri nequit*. Quel tentativo era un fatto imputabile. Eseguito che fu, nacque il debito di risponderne in faccia alla legge penale. E come la restituzione del tolto, per quanto utile, e completa, non cancella il furto già consumato; così la esistenza di un tentativo punibile non vien meno pel successivo pentimento spontaneo, per quanto utile, e sincero.

Ma cotesto rigoroso modo di vedere non desesi in questo caso accettare; sì perchè non corre fra caso e caso parità di ragione; sì perchè i riguardi politici devono assorbire ogni altra considerazione di rigida giustizia.

Non corre parità fra caso e caso perchè quando il delitto fu consumato, si ebbe il *danno*, si ebbe

la violazione effettiva del diritto attaccato: nè questa violazione, una volta verificatasi, deve restare impunita. Ma quando si pentì l'*attentante* a mezzo il corso delle sue operazioni, e prima di aver recato alcun *danno*, e di aver violato alcun diritto, costui se non potè distruggere il fatto, distrusse però ciò che nel fatto importava alla società di impedire; cioè il suo raggiungere la violazione del diritto. Nel *conato* la ragion di punire sta nel *pericolo*: ma la società non può apprendere *pericolo* dagli attentanti che a mezzo corso si *pentono*.

Dissi poi che i riguardi politici davano prevalenza all'opinione più mite; avvegnachè tutti sappiano esser le leggi penali dirette a prevenire i delitti futuri colla punizione dei preteriti. Massimo difetto dunque sarà in una legge penale, quando le sue sanzioni possono, con opposito procedimento, dare impulso a delinquere. Ora, mentre da un lato nulla rischia la società a perdonare l'attentante pentito, una pena benchè mite che lo colpisca può riuscir causa impeditiva del pentimento.

Io penso adunque che il *pentimento* tempestivo del conante debba esimerlo da ogni imputazione. Dico *tempestivo*; avvenuto cioè prima che gli atti eseguiti costituiscano in loro stessi un fatto dannoso, e violatore di un diritto.

Solo è da ricordare che quando la causa immediata della desistenza apparisce *volontaria*, la presunzione sta a favore dell'imputato. Cosicchè

l'accusa che intenda sostenere la mancanza di spontaneità della desistenza, deve porgere la prova della causa *fortuita*, e provare altresì che questa costrinse l'agente alla desistenza.

Tornando alla seconda regola, non vi ha dubbio che l'influenza della volontà dell'attentante, anche scompagnata da spontaneità, o da previsione, debba influire sulla imputazione del *conato*. Nel *conato* prendendosi il *pericolo* a base della ragion di punire, questo è tanto minore quanto fu minore la tenacità del volere, la malizia, o l'audacia del reo nel preparare od eseguire il delitto; sicchè ne avvenne che il delitto non riuscisse *perfetto*, benchè a dispetto del reo, per la sua titubanza, per la sua inesperienza, o per la precipitazione del suo consiglio nel disegnare i mezzi dell'esecuzione. Tale è l'insegnamento di NICCOLINI; ch'ei rafforza su quella sentenza di AUGUSTO, riferita da SVETONIO; ove narra aver quel principe dimesso un figlio attentatore di parricidio, *eo quod timide gessisset*. La causa sarà sempre *casuale*; perchè sebbene il non successo debba referirsi ad un atto *volontario* del reo, quest'atto, o fu causa del non successo contro le *previsioni* di lui, o non fu in lui pienamente *spontaneo*. Ma nondimeno o la precipitazione in un caso, o la desistenza nell'altro caso, furono atto *volontario*: e certo è che se il delinquente fosse stato più *cauto* e *malizioso* nel primo caso, o più *audace* nel secondo, il tristo evento sariasi compiuto. L'imputazio-

ne dunque resterà; ma dovrà rimanere in un grado minore di quella che avrebbe dovuto colpire l'attentato, se una *pura* accidentalità avesse frustrato l'esecuzione di un delitto, così pertinacemente condotto, e con tanta callidità preparato, da far prevedere rarissima ed inopinata la fortuna del suo arrestamento.

Ecco in qual guisa la *qualità* del *conato* influisce sulla sua imputazione.

QUANTITA'.

La *Quantità* di un ente è ciò che ne costituisce le proporzioni comparativamente ad un altro ente del medesimo genere. Il criterio di questo rapporto varia secondo la diversa natura degli elementi materiali, che si prendono di mira nelle cose tra le quali si istituisce il confronto: ed ora la norma della *quantità* si desume dal numero, ora dal volume, ora dal peso, ma sempre dipendentemente da un' idea di estensione. La *qualità* nel conato abbiamo veduto che si riferisce alla sua *forza morale*; perchè si desume dal grado di influenza della volontà dell' agente sull' impedimento salutare. La *quantità* nel conato si riferisce alla sua *forza fisica*; perchè dipende dal numero e dall' influenza degli atti esterni, che costituirono un *tentativo*.

Un delitto si compone di una serie di momenti fisici, rappresentati ciascuno di loro da un atto, col quale il malvagio procede oltre verso il fine che si è prefisso. Quando il corso di tali momenti di azione è arrestato, abbiamo un ten-

tativo, la cui *quantità* risulta dalla serie dei momenti che l'agente ha percorso, posti in rapporto con quelli che gli rimaneva a percorrere.

Quanto minore sarà la serie degli atti che restarono a compirsi per consumare il delitto, tanto maggiore sarà la *quantità* del conato: tanto maggiore sarà stato il *pericolo*; e tanto maggiore dovrà esser per conseguenza la sua imputazione sotto questo rapporto.

Ecco il senso della distinzione fra conato *prossimo* e conato *remoto*. Distinzione facilissima a comprendersi *in astratto*; difficilissima a concretarsi. Quanto più la serie degli atti eseguiti si sarà avvicinata all'atto consumativo del delitto, tanto più questo attentato si dirà *prossimo*: quanto più ne sarà distante, tanto più dovrà dirsi *remoto*.

Ponetevi sott'occhio tutta la linea che deve percorrere il delinquente. Vi partite dall'*atto interno*; la determinazione a delinquere, che a solo non presenta elementi di politica imputabilità. Procedendo oltre trovate i primi movimenti che al corpo del reo imprime cotesta volontà; i quali mancando di *univoca* tendenza al delitto, non sono imputabili. Trovate poscia gli atti che manifestano una direzione *certa* al misfatto; ma sono tuttor lontani dalla sua consumazione; ed eccovi il conato *remoto*. Procedendo sempre innanzi, trovate altri atti, dai quali breve intervallo resta a consumare il delitto; ed avete il conato *prossimo*. Viene in fine l'atto di consumazione:

e qui se l'evento segue, avete il delitto *consumato*: se l'evento non segue, avete — o il *delitto mancato*, qualora nella serie degli atti precedenti vi si trovino tutti quelli che erano *necessarii* a produrre l'evento — o avete il massimo grado del tentativo *prossimo*, se l'evento non accadde per difetto in alcuno degli atti che erano *necessarij* a produrlo.

La razionalità di punir più il tentativo, come più si avvicina alla consumazione, è intuitiva. In ragione di questo avvicinamento si rende maggiore il *pericolo* corso dalla società; in ragione di tale avvicinamento si aumenta la *perseveranza* del reo nel malvagio proposito.

Ho notato però che la prossimità del conato voleva esser desunta dal *numero* e dalla *influenza* degli atti che lo composero; perchè il criterio del solo *numero* sarebbe fallace. Un delitto può richiedere al suo compimento la successione di quindici atti. Altro delitto può effettuarsi con soli cinque atti. Colui che abbia eseguito dieci atti verso il primo delitto, è a due terzi di via. Colui che abbia eseguito quattro atti verso il secondo delitto, è a quattro quinti di via. Se si calcolasse la *quantità* dal *numero* solo degli atti, avremmo maggior *numero* nel primo che nel secondo. Ma chi oserebbe dire che quello fosse più di questo vicino alla meta? Dunque per misurare la *quantità* del conato, gli atti devon esser pesati piuttosto che contati: o bisogna desumerla da un calcolo piuttosto negativo; guardando cioè

il numero degli atti che rimanevano ad eseguirsi; anzichè il numero di quelli eseguiti. Ecco perchè io dissi dipendere la *quantità* non solo dal *numero*, ma anche dall' *influenza* dei momenti percorsi.

Tutti questi principi astrattamente guardati appaiono semplici e chiari. Ma quando dovrà poi procedersi alla loro pratica applicazione, potrà essa la scienza dettare una formula che fornisca guida sicura e costante? Ecco la difficoltà che di sopra accennai. Qual sarà il punto di confine fra *atti preparatorii* e *conato*; fra *conato remoto* e *conato prossimo*; fra *tentativo* e *delitto mancato*? Ecco l'indagine che rimane a farsi per compire lo studio di questa teoria.

Non vi è difficoltà nella prima ricerca, se si seguono i precetti della vecchia scuola italiana. La *univocità* è la formula che segna il confine fra gli *atti preparatorii*, e il *conato*. Questa formula per quanto nella sua pratica applicazione subisca necessariamente l'influenza di circostanze variabili secondo i casi, e non definibili *a priori* con una espressione generale, porge per altro un criterio bastantemente positivo alle pratiche occorrenze. La linea che suggerì il Rossi distinguendo gli *atti preparatorii* dagli *atti di esecuzione*, conduce a distruggere la distinzione fra *conato prossimo* e *conato remoto*; riportando tutti i *conati remoti* nella classe degli *atti preparatorii*. Chiunque attento mediti ciò che a lungo discettò il Rossi per sostenere la sua nuova formu-

la, si trova spinto a questa ultima conseguenza. Ora può bene opinarsi che il conato *remoto* non debba politicamente imputarsi: ma distruggerne la nozione, è impossibile. Così Rossi correndo questa linea si trovò guidato a conseguenze che la pratica non può assolutamente accettare. Egli disse che il ladro finchè appoggiava la scala al balcone per insalire, e il falso monetario finchè compiva la fabbricazione della moneta, non facevano che *preparare* il delitto; perchè ancora non erasi, secondo lui, cominciata da quello la *esecuzione* dell'involamento, nè da questo l'esito della moneta. Egli disse che l'*esecuzione* del furto *incomincia* dal momento in cui il ladro *prende* la roba e seco la trae. Conseguenze tutte che urtano ad ogni passo con le più ricevute regole giurisprudenziali (1).

(1) Rossi liv. 2, ch. 28 — ROBERTI vol. 3, pag. 127, 128 — TREBUTIEN vol. 1, pag. 96, nota 13 — Pongono come regola assoluta che non si esce dagli atti *preparatorii* finchè non si comincia la *violazione del diritto* che volevasi offendere. In questo, che nel mio modo di vedere rappresenta il passaggio dal conato *remoto* al conato *prossimo*, essi sostengono essere invece il passaggio dagli atti *preparatorii* agli atti di *esecuzione*. L'ultimo ed il più esatto di questi criminalisti sostiene la sua opinione sul principio della *univocità*. E il principio è vero, incontrastabile. Ma l'errore sta nel pretendere che il principio della *non univocità* che è saldissimo criterio degli atti *preparatorii* come regola *astratta*, possa trasmutarsi in *regola costante* anche nelle *applicazioni concrete*. Altro è il dire che l'effrazione, e la scalata possa

L'esecuzione di un reato è un *viaggio* che fa il malvagio verso la violazione della legge. Figurisi che io voglia fare un viaggio a Parigi. Finchè preparo passaporto e bauli non ho ancora *incominciato* il viaggio verso Parigi. Ma quando mi sono posto *in via*, ho incominciato per certo il viaggio, ancorchè i terzi che mi vedono non sappiano ancora se andrò a Genova soltanto, o a Torino, o a Parigi: nè può dirsi che l'*esecuzione* del mio viaggio cominci solo quando giungo a *talora* non ritenersi come atto di *esecuzione* del furto, perchè manchi di *univocità*: altro è dire che *sempre* debba esser tale; anche quando presenta la più *lucida univocità*. Fra modo e modo di argomentare vi è un divario essenziale. Una regola può essere *assolutamente* vera: può giustamente applicarsi in certe condizioni ad un caso *concreto*. Ma non per questo può trasformarsi in *regola l'applicazione*: perchè se ricorrono dei casi concreti simili a quello cui la regola fu giustamente applicata, ma nei quali manchi la *ragione* della regola, questa dovrà bene in cotesti casi tacere. Così TREBUTIEN dice che colui che fu sorpreso nella effrazione e nella scialata poteva avere il fine di rapire una donna; e ne desume che a tali atti manchi per conseguenza *costantemente* il carattere di *tentativo* di *furto*. Ma non avverte che può benissimo dalle circostanze escludersi la possibilità di ogni altro animo fuori che quello di rubare: e che ove ciò avvenga la regola concreta vien demolita dalla regola astratta. Suppongasi che quattro malandrini siano sorpresi con vetture cariche di barili vuoti nell'atto di sfondar l'uscio della mia cantina, potrà egli continuare a dirsi che quei malandrini volevano sedurre una donna in quella cantina disabitata! Potrà invocarsi come regola assoluta che l'effrazione manca di *univocità* verso il fur-

vedere la torre di *Nôtre-dame*. Potrà esser dubbio pei terzi qual viaggio io intraprenda; ma certo è che *un viaggio l'ho intrapreso*.

Così nell'avviamento criminoso potrà rimanere incerto a qual delitto si indirizzassero gli atti esecutivi; ma tostochè è certo che ad *un delitto* si dirigevano, si ha un *conato*. E la incertezza fra più delitti possibilmente conseguibili per tali atti, si risolve con la regola che fa prevalere la supposizione più *mite*. La *univocità* della loro

to, e che non può costituire tentativo? E non è vero che la giurisprudenza francese autorizzi a tenere come *regola scientifica* (come volle porla il Rossi) che l'*effrazione* non è *tentativo*. Ciò non è per due perentorie ragioni — 1.^o perchè le Corti di Francia non intesero mai a decidere la questione secondo la *scienza*; ma secondo l'art. 2 del loro codice penale. L'art. 2 di cotesto codice ha due specialità. La prima, che *parifica* nella pena il conato al delitto perfetto. Onde la moralità lodevolissima di quei magistrati dovette condurli a restringere con ogni forza la nozione del conato; e l'umanità ne sa loro buon grado. La seconda, che l'art. 2 non riguarda il *tentativo* secondo la *scienza*; ma un tentativo *sui generis* — ivi — *il TENTATIVO SEGUITO da un principio di ESECUZIONE*. Ora siccome per la scienza ogni tentativo ha bisogno di un *principio d'esecuzione*, è chiaro che nel concetto del Codice di Francia il *principio d'esecuzione*, che egli richiede come condizione ulteriore OLTRE IL TENTATIVO, non è quella esecuzione che d'ordinario basta a costituire tentativo, ma è qualche cosa di più: cioè è l'attuale principio della violazione del diritto. La regola di Rossi può dunque essere esatta come regola di *gius costituito* in Francia; ma inesatto è il farne una regola scientifica. Questa verità è dimostrata dallo stesso giudicato di MONTPEL-

direzione ad un atto criminoso è dunque (obiettisi ciò che vuolsi sotto il punto di vista ontologico) l'unico criterio che la scienza possa somministrare alla pratica, per discernere gli atti *preparatorii* dal *tentativo*.

Ma quale sarà il criterio che determini il punto di passaggio dal conato *remoto* al conato *prossimo*? Ecco a mio parere un nodo intricato. Finchè avremo sott'occhio degli atti molto lontani, o degli atti molto vicini alla consumazione,

LIER del 19 febbraio 1852 (Palais 53, 2, 170) che si reca come prova di cotesta regola giurisprudenziale. Non disse già la Corte che l'effrazione *non fosse tentativo*; ragionò sull'art. 2; e rilevando che il tentativo previsto dall'art. 2 si puniva come il furto consumato, osservò — ivi — *il y aurait danger social manifeste à assimiler une PAREILLE TENTATIVE au crime consommé*. Dunque la stessa Corte di Montpellier concorda che l'effrazione è un *tentativo*, ma opina che non sia *il tentativo previsto dall'art. 2* — 2.^o l'altra ragione che mostra non esser vero che neppur la giurisprudenza francese abbia fermato cotesta regola come assoluta, si è che tutte le decisioni che si allegano argomentano sempre sull'*appreziazione del fatto*. Vedasi la Cassazione 27 août 1812, 11 juin 1818, 23 settembre 1825, 4 ottobre 1827. Anzi il giudicato del 1818 critica la Corte di Nancy per avere male apprezzato il fatto col ritenere che l'effrazione a lei deferita non era *tentativo*: ma si ferma a questa censura, perchè si pronuncia incompetente a sindacare le apprezzazioni di fatto. Dunque anche la Cassazione di Francia ammette che l'effrazione possa essere tentativo. Veggasi l'eccellente requisitoria di M. VATTISMENIL nel Palais 1825 pag. 892 in nota.

agevole sarà accordarsi nel ravvisare in quelli un conato *remoto*, in questi un conato *prossimo*. Ma un punto di transizione e di contatto fra il conato *remoto* ed il *prossimo* vi deve essere; deve esservi l'ultimo atto col quale finisce la serie dei *remoti*; deve esservi il primo atto che apre la serie dei *prossimi*. Determinare quale è quello, e quale questo, è indispensabile; sia che il diritto costituito ammetta la imputazione, sebbene con diverso grado, del *remoto* come del *prossimo*; sia che, seguendo il precetto di molti dottori, esoneri il *remoto* da ogni imputazione. La determinazione di questo punto di passaggio dovrà essa lasciarsi in balia del modo di sentire dei magistrati; senza che la scienza detti loro un criterio più positivo, di quello nol sia la vaga indicazione di vicinanza o di lontananza? Bisogno pratico del diritto penale certamente sarebbe che la scienza porgesse cotesta espressione, ad evitare l'oscillanza nella determinazion dei castighi.

Ma la scienza potrà ella riempire cotesta laguna? Tutti dicono che il conato *prossimo* si deve punire più del *remoto*; ed alcuni ancora mi dicono che il conato *remoto* deve lasciarsi impunito: e quivi si arrestano. CARMIGNANI si occupò seriamente di trovare questa formula tanto importante; e concluse col dichiararla impossibile; lo che basterebbe a scusare chiunque si astenesse dal tentare cotesto guado.

Il criterio per istabilire quando il conato cessi di essere remoto, e divenga prossimo, non può

dedursi dal *numero* degli atti eseguiti. Ciò è intuitivo. Neppure può desumersi dal *numero* degli atti che rimanevano a farsi; perchè questo *numero* è variabile secondo le circostanze. Dicendo che si determina dall'*influenza*, si sostituisce ad una formola indefinita un'altra formola non meno vaga, e mutabile secondo il modo di sentire di chi deve applicarla.

Pure se può senza audacia azzardarsi un'idea, parrebbe che il conato potesse dirsi passato dal grado di *remoto* al grado di *prossimo*, quando l'agente recatosi sul campo destinato all'azione, è *alla presenza* dell'uomo o della cosa su cui deve *consumarsi* il delitto. Così il ladro, finchè provvede li scalpelli o la scala; finchè si avvia verso la casa dove vuol derubare; o sta spiando l'occasione di penetrarvi, non ha posto in essere che atti meramente preparatorii. Entra a mio parere nella via del conato quando appoggia la scala al balcone, o conficca lo scalpello nell'uscio: ma il suo conato è tuttavia *remoto*; perchè i suoi atti cadono sul subietto *passivo* dell'*attentato*; e non ancora sul subietto *passivo* della *consumazione*. Lo direi responsabile di conato *prossimo* quando, penetrato nella casa, si appressa alle proprietà da involarsi: esso è *alla presenza* dell'oggetto su cui deve cadere l'atto *consumativo*.

Così il cuoco che acquista e macera la sostanza venefica, farà un atto meramente *preparatorio* del veneficio: quando la getta nel pentolo della

mia minestra entra nella via dell'esecuzione, e così dell'*attentato*; ma è sempre nel tentativo *remoto*. Quando viene a pormi in tavola la minestra è allora soltanto che diviene responsabile di un attentato *prossimo* (1).

(1) Io non vado d'accordo col ROBERTI quando egli pretende trovare il *delitto mancato* nella *porrezione* della vivanda avvelenata. L'atto *consumativo* del veneficio non può essere che il *trangugiamiento*. Finchè io non ho ingojata la minestra, il cuoco, dopo avermela presentata, ed aver lungamente esaltato la sua bontà per persuadermi a mangiarne, può ad un tratto pentirsi, e gettare la scodella. E come può aversi un *delitto mancato* che ammetta l'*utilità del pentimento*!!!! Non intorbida le idee la circostanza che l'atto consumativo si debba compiere dalla vittima: nessuna repugnanza giuridica emerge da ciò. Colui che ha teso al nemico un trabocchetto sulla via, perchè vi ruini e muoja, null'altro ha da fare quanto a sè. Ma pure finchè il nemico non vi è caduto, è sempre in tempo a pentirsi, ed impedire la morte. L'atto di consumazione è solo quello con cui la vittima pone il piede sulla superficie dolosa. In questo atto consumativo non opera la mano del reo, ma il corpo stesso della vittima. Le membra della vittima fanno le funzioni di *strumento* del reo: questi, dopo aver compiuto il conato *prossimo* con le sue mani, procede oltre verso il suo fine col perseverare nel malvagio proposito, e tollerare che *altri* eseguisca per lui quell'ultimo atto materiale che rappresenta la *consumazione*. Dire *consumato* l'avvelenamento di un uomo col solo avvelenamento di una vivanda, non persuade. E si va nell'assurdo di ammettere un omicidio *mancato* in atti che poterono precedere di mesi e di anni il momento destinato nel disegno del colpevole alla uccisione.

In una parola finchè gli atti si esercitano sul mero subbietto passivo dell'*attentato*, io non vedrei che o atti *preparatorj*, o conato *remoto*, secondo che vi concorre o no l'*univocità*. E troverei l'incominciamento del conato *prossimo* là dove le operazioni vengano a dirigersi sul subbietto passivo della *consumazione*: *rem scilicet vel personam in cujus perniciem exeruntur actus*. (Carmignani §. 228 edit. pis. 1833.)

È qui a mio credere il punto più oscuro ed ambiguo di questa teoria. E da tale ambiguità nacquero appunto le divergenze circa la imputazione. Infatti coloro che confusero il conato *remoto* con gli atti *preparatorii*, dovettero ben sostenere la *non imputabilità* del conato *remoto*: ma così distrussero, come ho notato, una distinzione utilissima praticamente all'equa distribuzione dei castighi. Gli altri per contrario, tenendo viva effettivamente la distinzione tra conato *remoto* ed atti *preparatorii*, attribuirono anche a quello un grado di imputazione. Così nella scienza nostra le formule e le definizioni della scuola fecondano risultati di altissima gravità nell'aula legislativa, e nel fòro. Ma la distinzione, oltre ad essere ontologicamente vera, è giuridicamente necessaria. E se la formula della *univocità* è guida sicura per discernere gli atti *preparatorii* dai conati *remoti*; la formula della *presenza* del subbietto passivo all'atto in cui cessò l'*attentato* può essere un util criterio a discernere i *remoti* dai *prossimi*; secondochè quel-

lo era subietto passivo del *conato*, o della *consumazione*.

L'ultima ispezione relativa a discernere il *tentativo* dal *delitto mancato*, sembra agli occhi miei facilissima; purchè bene si afferri l'importanza di queste due idee correlative tra loro: cioè; che il *delitto mancato* si ha soltanto allora quando — 1.^o siano stati eseguiti *tutti gli atti necessari* a procurare l'*evento* criminoso; — 2.^o questo sia stornato da una *accidentalità* tutta indipendente dal *modo di agire* del colpevole. La più esatta nozione del *delitto mancato* è quella che ne porge il Codice penale toscano, se bene si intende.

Il criterio del *delitto mancato* non si deve grettamente desumere dalla esecuzione dell'*ultimo* atto: ed a cagione di questo ritenere cessato sempre il tentativo, e sorto indistintamente il delitto mancato; quantunque vi fosse deficienza negli atti precedenti, o perchè inidonei, o perchè non eseguiti. O siasi tralasciato uno dei primi atti, o siasi tralasciato l'estremo: o l'inidoneità sia nei primi, o giaccia nell'ultimo; tanto basta perchè gli *atti necessari al delitto* non siano *tutti* eseguiti. Così il NICCOLINI negò i caratteri di *delitto mancato* alla porrezione di un veleno minerale attissimo ad uccidere, ma che non si era sciolto nel liquido perchè il colpevole non lo avea pestato pria di gettarvelo: e la Corte di Cassazione di Napoli lo seguì. L'atto di consumazione era quì stato eseguito: ma era man-

cato uno degli atti *precedenti*; la *triturazione*, che sola poteva rendere quella sostanza solubile, o amalgamabile nel liquido; e così deglutibile. Il delinquente non avea dunque eseguito *tutta* quella serie di atti che erano indispensabili per raggiungere il tristo fine. E l'evento non era avvenuto, non già per l'intervento di una *accidentalità*; ma per la deficienza di uno degli atti esecutivi. L'*imperfezione* del delitto era conseguenza del *modo di agire* del reo.

È dunque un errore il pensare che quando ebbe luogo l'atto *consumativo* non più si possa parlare di *attentato*: siamo sempre in questi termini quando vi fu deficienza in *uno* degli atti; qualunque si fosse nella serie loro il punto che occupar dovea l'atto che inavvertentemente si omise, o inettamente si fece.

La diversità è unicamente questa: che quando la deficienza stette solo nell'*ultimo* atto, rimarrà d'ordinario la nozione del *tentativo* punibile. Quando stette negli atti *precedenti*, la imputabilità del *tentativo* potrà rimanere o non rimanere, secondochè al momento in cui si avverò la deficienza stessa (atto omissso, o atto inidoneo) era o no già percorsa una serie di atti vellevoli a costituire un attentato politicamente imputabile. Se la *inidoneità* sopravvenne nei primordii p. e. il colpevole partì da casa col fucile carico a sola polvere, questa omissione informerà tutta la serie delle sue operazioni successive; e tutte essendo state *scevere da pericolo*, non vi

sarà tentativo punibile: ma se l'inidoneità sopravvenne quando già si aveva un attentato imputabile, cotesta inidoneità rende non valutabili tutti gli atti successivi; i quali si hanno come non avvenuti: poichè tanto è per la legge *non fare* un atto, quanto farlo *inidoneo*. Ma le antecedenze rimangono intatte.

Ciò procede in ordine al *conato*. Ma il delitto *mancato* deve sempre cessare, tostochè vi fu deficienza di un *atto qualunque*, ed a *qualunque stadio* della operazione pertinente.

Siffatta regola tiene ad un principio *ontologico*, e ad un principio *giuridico*, che a vicenda si aiutano.

Il principio *ontologico* è questo: che a dire incompleto un ente basta che manchi *uno* degli elementi necessari a comporlo, qualunque sia la sede in cui doveva trovarsi. Un rosario è incompleto quando gli manca un pippolo; e così, tanto se manchi il terzo paternostro, quanto se manca l'ultima avemaria. Il *delitto mancato* si costituisce dall'esaurimento di *tutti* gli atti esecutivi che si richiedevano a procacciare l'evento, ma delusi dell'evento per un fortuito: perciò si disse anche *frustrato*. Dunque il *delitto mancato* non esiste completo quando difetta di uno, qualunque siasi, di tali atti. È un delitto mancato *imperfetto*: e il delitto mancato imperfetto ritorna ad essere un semplice *tentativo*.

Il principio *giuridico* è questo. Ad un giudicabile si obiettano spesso le conseguenze del proprio

fatto, benchè da lui non prevedute e volute; ciò per la regola di ragion politica, che chi volle i mezzi è responsabile delle conseguenze. Debito correlativo di giustizia esige dunque, che a lui si tenga conto di quei risultati meno gravi, che furono conseguenza del suo *modo di agire*, benchè queste meno gravi conseguenze da lui non si prevedessero, nè si volessero. D'altronde, la società punisce le azioni malvagie in ragione dell'*atto esterno*: e la gravità di questo valuta sul criterio del *danno nel consumato*, o del *pericolo* che presenta nel *tentato* delitto. Quando l'atto esterno ebbe *in sè stesso* la causa che lo rese frustraneo, è evidente che il *pericolo* fu minore. E per quanto debba aversi riguardo anche alla malvagia intenzione, bisogna del pari convenire che il malvagio inesperto ed incauto mostra minore studio a delinquere, ed eccita minore allarme nei cittadini.

Sotto ogni aspetto dunque bisogna ammettere in teoria, ciò che il Codice nostro del 1835, a mio parere esplicitamente dispone: cioè che *il delitto mancato* non si ha, *quantunque sia stato eseguito l'atto consumativo*, quando l'impedimento dell'evento provenne da cagioni congenite al *modo di agire* scelto dal giudicabile.

Questo punto di dottrina non è dubbio quando la *causa impeditiva* provenne dalle condizioni materiali dei mezzi adoperati, cioè del *soggetto attivo* o del conato o della consumazione. Se a cagion d'esempio fu esplosa un'arma for-

nita di carica *insufficiente*, e per ragione di questa *insufficienza* non accadde omicidio, sarebbe irrazionale insistere sull'*omicidio mancato* (1). La distinzione fra l'inidoneità relativa e l'inidoneità assoluta, che può esser giusta nel semplice *tentativo*, non può ammettersi nel *delitto mancato*. Nel

(1) Referendo al subietto *attivo* gli strumenti che l'uomo adopera per eseguire il delitto; e al subietto *passivo* le cose o persone sulle quali agisce; questa distinzione fra subietto dell'*attentato* e subietto della *consumazione* procede lucidissima, così nel subietto *attivo*, come nel subietto *passivo*. Un esempio spiega con tutta esattezza la nostra nomenclatura; che se non coincide col linguaggio filosofico, offre però le formule più opportune per definire le diverse regole da applicarsi alle varie, ed infinitamente variabili fattispecie del conato. Tizio ha divisato uccidere il suo nemico nel sonno. A tal fine si è provvisto. — 1.^o — di una falsa chiave, per introdursi in camera del nemico — 2.^o — di uno stile per pugnalarlo.

Ecco: il subietto *attivo* dell'*attentato* è la falsa chiave: il subietto *passivo* dell'*attentato* è la porta che con quella deve rendersi aperta. Fin qui, si opera sui mezzi.

Al subietto *attivo* della *consumazione* si riferisce invece il pugnale che ucciderà: il subietto *passivo* della *consumazione* è l'uomo, che vuolsi uccidere. Quanto si opera quì, si opera sul *fine*.

Se l'evento non è seguito perchè la chiave non era adatta ad aprire, l'ostacolo era nel subietto *attivo* dell'*attentato*; se perchè l'arma non era solida, l'impedimento fu nel subietto *attivo* della *consumazione*. Se la porta aveva una seconda serratura, o l'uomo un giacco di ferro; l'ostacolo fu nel subietto *passivo* dell'*attentato* nel primo caso; nel subietto *passivo* della *consumazione* nel secondo.

tentativo rimane sempre incerto da quali condizioni sarà accompagnato l'atto di consumazione; quindi il *pericolo* esiste. Così l'arma debolmente caricata poteva essere esplosa a brevissima distanza; ed uccidere. La sua potenza è tutta di previsione congetturale, non dimostrata da un risultato di fatto: poteva essere, e poteva anche non essere. Ma dopo l'atto consumativo abbiamo il risultato *positivo* di fatto. Siamo *certi* quali erano le *condizioni materiali* in cui l'agente volle adoperare quell'arma. E siamo *certi* che in queste condizioni di fatto l'arma era *impotente*. Resterà un tentativo nei congrui casi. Ma il *delitto mancato* non si avrà; perchè l'atto consumativo rese efficaci i caratteri di impotenza dell'arma, anzichè rendere efficaci le sue condizioni eventuali di potenza.

Se il reo più si avvicinava alla vittima l'esplosione sarebbe riuscita mortale.

Dunque nei mezzi non vi era impotenza assoluta. Ma il reo esplose senza avvicinarsi: dunque la botta non riescì letifera per conseguenza del *modo di agire* del reo, e non è sorto il *delitto mancato*. Fin qui io diceva non è luogo, nè a distinguere nè a dubitare.

Ma quando l'ostacolo all'evento nasce dalle condizioni del *subietto passivo*, potrà dubitarsi se corra o no la medesima regola; perchè tali condizioni non sono opera dell'attentante. Egli le trovò nella cosa o persona su cui, o attentando o consumando, diresse le sue fisiche operazioni.

In questa configurazione è forza distinguere : l'impedimento che provenne dal *subietto passivo* esclude il *delitto mancato* quando fu *precognito* all'agente, sebbene ei s'immaginasse superarlo : non lo esclude quando *non fu conosciuto*, nè previsto da lui.

Quando l'agente non conobbe nè prevede che per parte del *subietto passivo* si opponesse cotesto ostacolo che frastornò l'evento voluto, tale impedimento rappresenta il *fortuito*, che salvò la vittima, e non si collega col *modo di agire* del delinquente.

Ma s'ei *conosceva* l'esistenza di tale ostacolo ; e lo *volle* affrontare pensando superarlo : e per *sua natura ordinaria* l'ostacolo doveva impedire l'evento, come di fatto l'impedì ; la causa del *non successo* si collega col *modo d'agire* del delinquente ; con quelle condizioni che egli ha *voluto* dare alla sua operazione. La morte non è avvenuta perchè egli, anzichè darsi cura di rimuovere cotesto ostacolo od usare mezzi più potenti, immaginò vincerlo con dei mezzi che erano naturalmente, e per legge ordinaria, *impotenti* a superarlo.

Tizio esplose un'arma carica a minuto piombo a tale distanza dal nemico che i proiettili non potevano dar morte : ecco la causa del non successo inerente al *subietto attivo* del delitto. Il *delitto mancato* non si ha, tanto se il reo *sapeva* che in quell'arma vi era piombo minuto ; quanto se *non sapeva*, e credeva che vi fosse

una palla. La causa del non successo era sempre inerente ai *mezzi* usati dal reo; e sempre gli giova ad escludere il titolo di misfatto mancato.

L'arma era invece carica a piombo micidiale; ma il nemico stavasi dietro un riparo, cui quel piombo per legge di sua natura non potea superare. Ecco l'ostacolo inerente al *subietto passivo*. E qui bisogna, come dissi, distinguere.

Se l'agente non vide nè conobbe cotesto impedimento (p. e. fu un uscio che il vento mosse nell'atto in cui lo scellerato dava lo scatto all'archibugio) il *delitto mancato* si ha: perchè nel *modo di agire* del reo era insita la potenza ad uccidere; ed il riparo sconosciuto rappresenta il *fortuito* che salvò la vittima dalla uccisione.

Ma se invece l'agente *vide* cotesto riparo (p. e. era l'uscio chiuso dietro cui stava il nemico; uscio che il reo pensò doversi trapassare dalla palla, mentre per legge ordinaria di sua forza non lo poteva) il *delitto mancato* non si ha: perchè il non successo provenendo da una causa la cui esistenza si conosceva dall'agente, non ha più tale ostacolo il carattere di *fortuito*, e di *imprevisto*. Il reo volle tirar contro l'uomo dietro l'uscio. Volle seguire un *modo di azione*, le cui condizioni a lui cognite rendevano impossibile l'uccisione. Dunque la causa del non successo stando in quelle condizioni ch'ei *volontariamente* accettò, non può dirsi *indipendente* da lui; perchè in fin dei conti risiede in un suo errore di calcolo. Costui non ha fatto *tuttociò* che

era *necessario* al delitto voluto: per far *tutto* bisognava attendesse che la vittima uscisse di dietro al riparo.

Torniamo all'idea del *pericolo*. Dall'ultimo atto con cui un uomo esplode un'arma carica inettamente, (atto che dovrebbe costituire il delitto *mancato*, perchè rappresenta la consumazione della strage) la società non può *mai* apprendere *pericolo* di omicidio: dunque, o si conoscesse o no dall'agente la debolezza di cotesta carica, essa esclude il delitto *mancato*.

Parimente dall'atto con cui l'uomo esplode l'arma ben carica, ma contro il nemico che stavasi dietro al riparo non superabile dalla botta; la società non può mai apprendere *pericolo*. Dunque neppur qui può accettarsi il titolo di *omicidio mancato*.

In ambedue queste ipotesi il *pericolo* può avere accompagnato gli *atti precedenti* che rappresentavano il *tentativo*: ma l'ultimo atto ne è costantemente sfornito.

Al contrario, dall'uomo che esplode un'arma ben carica contro il nemico che vede all'aperto, e in condizioni da restarne probabilmente ucciso, la società ha tutta ragione di apprendere il *pericolo* di omicidio; perchè non tutte le volte il soffio pietoso del vento chiuderà l'uscio mentre lo scellerato esplode il fucile. Dunque qui si ha la concomitanza del *pericolo* anche nell'ultimo atto: si ha il *fortuito*; del quale, ove si ripeta il fatto nelle medesime condizioni, non si

può sperare la ripetizione: dunque qui si ha il titolo di *omicidio mancato*.

Questo punto di teoria si riassume in una semplicissima formula — per avere il *delitto mancato* non basta che l'agente abbia fatto *tuttociò ch'ei voleva fare* onde consumare il delitto: bisogna che abbia fatto *tuttociò che era necessario* per consumarlo.

Tale è l'*essenza di fatto* del delitto mancato: la quale vuol esser sempre distinta dall'*elemento intenzionale*.

Quella deve esistere *di per sè*; deve avere le sue proprie condizioni ontologiche, complete in loro stesse; secondo le leggi di natura sua; e non nelle visioni o previsioni dell'agente. Se un uomo immaginò che con una botta a pura polvere desse morte, o che una palla d'archibugio traforasse le pareti di un casamento; ed esplose, o l'arma carica a polvere contro il nemico all'aperto, o l'arma carica a palla contro la parete dietro la quale si riparava il nemico; ecco: il delitto è completo nel suo *elemento morale*; ecco: il delinquente ha esaurito *tutti* quegli atti che *voleva fare* giusta i disegni suoi per uccidere. Ma non ha fatto *tutto* quello che era *necessario* ad ottenere l'evento voluto. Nell'*elemento morale* l'omicidio mancato si avrebbe: ma nell'*elemento materiale* non vi è. E siccome quello senza di questo non è sufficiente a dar consistenza al titolo di *delitto mancato*, così il fatto di colui,

o non sarà niente; o sarà tutto al più nei congrui casi un semplice tentativo.

In quest'ordine di idee io ravviso differenza fra quello che le antiche scuole dicevano conato *pretergresso*; e quello che le moderne chiamano *delitto mancato*. Quello si ha nell'esaurimento senza interruzione degli atti *disegnati* dal reo: questo richiede l'esaurimento degli atti che la *natura del fatto* a cose ordinarie esigea.

Ed ecco che dal principio fino al termine della teoria dell'attentato ci serve di guida costante e sicura l'idea del *pericolo*, come criterio a ben risolvere qualunque ricerca. Anche qui si comprenderà nettamente la forza logica della sua applicazione. Quando il *modo di agire* scelto dal reo doveva per legge *ordinaria* di sua natura produrre l'effetto bramato, se non era l'impedimento *fortuito* che frustrò quel modo di agire, il *pericolo* ha esistito dal primo atto esecutivo fino all'ultimo rappresentante la consumazione del reato. Il delitto è *mancato*. Ma quando da uno degli atti esecutivi derivò l'impedimento, perchè per legge *ordinaria* della natura di tale atto, ei non aveva la potenza che il colpevole gli supponeva, il *pericolo* da quell'atto frustratorio in poi ha cessato di esistere. Dunque se il *pericolo* (elemento che qui funziona le veci dell'evento non accaduto, per dar base all'imputazione) non fu concomitante a tutta quanta la serie degli atti esecutivi; il *delitto mancato* sparisce: perchè gli resta solo l'elemento della malvagia volontà, co-

stitutivo della sua indole morale; senza la corrispondente qualità di *pericolosi* per tutta la loro serie negli atti esterni, che ne costituiscono l'indole politica.

C O M P L I C I T À

Ad avere un delitto basta la *volontà* ed il *braccio* di *un solo* uomo. Tostochè quella ha determinato, e questo ha eseguito il fatto violator della legge, nulla manca all'esistenza completa del delitto.

Ma nello svolgersi degli avvenimenti criminosi non sempre resta *unica* cotesta figura. Troppo spesso attorno a lei si raggruppano altre persone, le quali nel fatto delittuoso hanno pur esse più o meno contribuito. Quindi la teoria della *complicità*, che scaturisce inevitabile dalla natura stessa dei fatti; cioè dalla loro suscettività di ricevere *impulso*, o da più di una mente, o da più d'una mano; e così dalla possibile emergenza che i momenti costitutivi della criminalità di un fatto si *dividano* fra più agenti.

Questa parola *complicità*, *complici*, la adopero secondo la sua derivazione etimologica; e così in un significato *generale*, comprensivo di tutti i *delinquenti accessori*. *Complex* fu voce introdotta dalla media latinità ad esprimere colui che si trovava *implicato* in un delitto *consumato da altri*. Questa voce fu ignota ai romani.

I pratici poscia la usarono talvolta in un senso più speciale, a denotare un concorso *fisico* negli

atti precedenti la consumazione. Ma ciò genera confusione; e noi dobbiamo esser chiari nelle nomenclature. Io mi varrò pertanto delle parole *complice* e *complicità* nel loro senso generale, comprensivo di tutti i delinquenti *accessorii*.

Ove più persone concorrano ad un delitto, quale ne sarà l'*autor principale*, quali saranno i delinquenti *accessorii*? Importa sempre in qualunque materia stabilire nettamente la terminologia che deve servir di veicolo alla comunicazione delle idee.

L'autore *principale* è quel solo che eseguisce l'atto *fisico* in cui consiste la *consumazione del delitto*. Se in più lo eseguiscano sono più gli *autori principali*. Tutti gli altri sono delinquenti *accessorii*.

Non può esservi nella scienza altro criterio per definire l'*autor principale* di un delitto, tranne il restringerne la nozione all'*autor fisico* dell'*atto* che *consuma* la violazione della legge.

Al gius costituito può bastare una locuzione complessa, che racchiuda tutti i casi che si vollero unificar dalla legge. Ma la scienza ha bisogno di termini esatti; di termini che rispondano ad ogni diversa posizione ontologica; onde poter denotare con distinti vocaboli la diversità del modo di essere di queste posizioni, al fine di applicarvi a dovere le conseguenze giuridiche. I romani giureconsulti, gran maestri di esattezza nel linguaggio, equipararono spesso cose distinte essenzialmente fra loro. Ma in tali equiparazioni

serbarono sempre nel linguaggio le note caratteristiche degli enti per natura distinti, o col variare i vocaboli, o coll'aggiungervi delle particole, che ne distinguessero l'uso improprio dal proprio.

Un legislatore può trovar giusto che alcuno dei *complici* si equipari all' *autor principale* nella imputazione e nella pena. E risoluta così tale ispezione, esprimerà la sua volontà equiparativa col dare a tutti costoro il nome di *autori* del delitto. Ed ai bisogni del gius costituito risponderà cotesta nomenclatura.

Ma la scienza non può supporre *a priori* risolte questioni nessuna. Essa deve innanzi tutto definire gli enti, sui quali vanno a cadere i suoi studj. E quando in questi oggetti delle sue ricerche trova condizioni naturalmente distinte, bisogna che a ciascuno assegni un nome distinto. Che se poscia i suoi studj condurranno a dovere equiparare per certi effetti questi enti già segregati, rimarrà la segregazione dei vocaboli perchè consentanea alla primitiva natura di quegli oggetti, nè un nome diverso sarà di ostacolo alla parificazione.

Così un legislatore potè dire che era colpevole di *parricidio* anche l'uccisore del padre *adottivo*. Ma la scienza non potrà mai esprimere cotesta paternità civile col nome stesso della paternità naturale, perchè sono due cose intrinsecamente diverse.

Per essere *autor principale* di un reato bisogna avere direttamente, e *materialmente* parte-

cipato all' esecuzione di una delle circostanze costitutive della infrazione, secondo la sua definizione legale. Non è la *responsabilità*, o il di lei grado, quello che distingue l' *autore* dal *complice*: sono le condizioni *fisiche* dell' azione. Si può essere *autori* di un fatto, e non esserne *responsabili*, od esserlo *meno* del complice.

Autor principale dunque noi diremo quel solo che eseguisce l'atto consumativo del delitto; o in questo *materialmente* partecipa. Che se quest'atto si eseguisca da più d'uno, saranno più gli *autori principali*, perchè in più ne concorre la nota caratteristica. Tutti gli altri sono *delinquenti accessori*.

Si volle dare la denominazione di *autore* anco a colui che aveva immaginato il delitto, senza prender parte alla sua *esecuzione*: e si chiamò *autor psicologico* per distinguerlo dall' *autor fisico*. Ma l' *autore psicologico* è autore di una *idea*, non di un *fatto*. Laonde in faccia al diritto penale, che non ravvisa la violazione della legge se non nell' *atto esterno*, male può dirsi essere *autor del delitto* l' *autor del pensiero* delittuoso. *Causa* del delitto ei ben lo sarà; ma non può con proprietà di vocabolo chiamarsene *autore*, tranne un solo specialissimo caso, ed è quello in cui l' *autor fisico* non abbia agito con volontà libera ed intelligente. In questo caso l' *autor fisico*, dovendosi considerare come mero *strumento* di chi gli diede l' impulso, si equipara alla materia bruta. E quegli che del di lui corpo si valse è l' *autore*

del delitto, come se si fosse valso di un legno, di un sasso, di una *materia* qualunque.

Ma chi partecipi ad un fatto che altri *volontariamente eseguisca*, non può essere che *accessorio* a cotesti fatti.

Ora è ben vario il modo di tale *accessione*. Voi ricordate che il delitto si compone di due *forze* indispensabili a costituirlo. FORZA MORALE; risultante dall' intenzione — *volontà intelligente*; (*nisus voluntatis ad delictum*). FORZA FISICA; risultante dall'atto esterno — *azione* (*motus corporis ad delictum*). È chiaro perciò che l'*accessione* si risconterà eventualmente, o nell' elemento della sola forza *morale*, o della sola forza *fisica*, o di *ambidue*. Laonde è necessario distinguere tre casi di tale *accessione*. 1.^o Caso — concorso di *azione* senza concorso di *volontà*. In questo si è *causa fisica* del delitto; senza esserne *causa morale*. — 2.^o Caso — concorso di *volontà* senza concorso di *azione*. In questo se ne è *causa morale*, senza esserne *causa fisica*. — 3.^o Caso — concorso di *volontà* e di *azione*. In questo se ne è *causa fisica* e *morale* ad un tempo.

Dicendo *causa* del delitto non si intende esprimere quella che i Romagnosisti appellano *spinta* criminosa. La *spinta* è la *causa* della *causa*: essa ha col delitto una relazione puramente *mediata*. Quando dico *causa*, intendo esprimere ciò che ha dato vita all'*ente giuridico* che dicesi *delitto*. Ogni delitto ha una *causa morale* (e sta nella *mente* che ideò, e volle il delitto), ed una

causa fisica (e sta nel *braccio* che lo esegui). Ciò che mosse l' una a *volere*, l' altro ad *eseguire* il reato, costituisce la *spinta*, il *motivo*.

Questa, quando la *causa fisica* e la *causa morale* del delitto si riscontrino in persone *diverse*, può essere ora identica ed ora diversa nelle due *cause* del fatto criminoso; ma ne è sempre una cosa distinta. La *causa* è la *forza* che moralmente e fisicamente dà l' essere al delitto; la *spinta* è ciò che imprime il moto a quelle *forze*. La *causa* agisce sul *delitto*; la *spinta* sulla *causa*.

È evidente che il caso della *violenza fisica* non trova sede nella teoria della complicità; perchè l' *invito*, come altra volta osservammo, *agito* piuttosto che *agente*, non offre nè concorso di *volontà* nè concorso di *azione*. Egli è strumento passivo e meccanico nella mano del malvagio che lo move. Questi è l' *autore unico* del delitto.

Voi vedete che io vi conduco lungi dalla vietata partizione di questa materia in accessorii *ante delictum*, accessorii *delicti tempore*, accessorii *post delictum*; che trovate in tanti maestri di criminale diritto. E appositamente lo faccio; perchè cotesta partizione, presa come partizione generale della teoria, manca di verità; e troppo a mio credere, ha intorbidato la materia che svolgo.

PRIMO CASO

Concorso di azione senza concorso di volontà.

Mi affretto a dire che in questo caso non possono mai sorgere i termini della *complicità*. Non

si può avere responsabilità di un fatto innanzi alla legge punitiva, se non concorre responsabilità *morale*. E responsabilità *morale* non può essere dove non trovisi l'*intenzione* diretta al fine delittuoso. La complicità non può risultare da una contingente convergenza di fatti, senza una positiva convergenza di voleri.

Simili principii sono sì ovvii da fare apparire una superfluità la posizione di questo *primo caso*. Ma se ci avviciniamo alle sue pratiche applicazioni, noi troviamo l'importanza grande di fermarvi le nostre speciali considerazioni.

Questo primo caso ci sviluppa *quattro* FIGURE diverse. — 1.^a *Intenzione innocentemente distinta*. — 2.^a *Intenzione criminosamente distinta*. — 3.^a *Intenzione negativamente indiretta*. — 4.^a *Intenzione imperfetta*.

PRIMA FIGURA — *Intenzione innocentemente distinta*.

È il caso in cui l'ausiliatore materiale del delitto non lo prevede nè lo volle; ma volle *altra cosa affatto innocente*. È l'amico che presta l'archibugio all'amico, credendo gli abbisogni per caccia. È il fabbro che illuso dalle oneste apparenze d'un avventore, gli fa una chiave conforme al modello, credendo che questi abbia smarrita la chiave propria. Se con quell'archibugio fu commesso omicidio, con quella chiave un furto, coloro che sì efficacemente coadiuvarono a tali reati, pur non ne sono complici; perchè fu in loro concorso di *azione* senza concorso di *volontà*.

Potrà in qualche specialissimo caso sorgere nell' operato di costoro la nozione di una *colpa*, o di una *trasgressione*; ma sempre come figura isolata e di per sè stante. Mai come complicità; perchè manca, per la divergenza dei voleri, il nesso giuridico necessario a costituirla.

SECONDA FIGURA — *Intenzione crimosamente distinta.*

È il caso di colui che aiuta il compagno a consumare un delitto, mentre credeva che fosse per consumare altro delitto diverso. *Primo* ha retto la scala mercè la quale *Secondo* si è introdotto nell' altrui dimora. *Primo* intendeva che *Secondo* colà rubasse; e seco poscia dividesse il bottino. Ma *Secondo* lo ha gabbato: egli non ha mai pensato a rubare: egli aveva una vendetta da compiere. Penetrato là entro ha ucciso il suo nemico nel sonno. Ecco *Primo* deluso del furto, e mescolato contro sua previsione in un omicidio premeditato. S' ei vi consulta che gli direte? Gli direte che ingenuamente confessi, perchè negando rischia di essere ingiustamente preso per complice dell' omicidio. Confessando, e giustificando come meglio può la sua vera posizione giuridica, di complicità avverso a lui non potrà farsi parola. Si risalga ai principii. Egli aveva *intenzione* di rubare: egli ha fatto atti prossimi di *esecuzione* del furto, al furto idonei, al furto da lui diretti. Egli potrà dirsi *attentatore di furto*, perchè il furto non è avvenuto per cause indipendenti dalla sua volontà. Ma s' ei vien tra-

dotto pel titolo di complicità nell' *omicidio*, non potrà condannarsi; perchè complicità per sola materiale cooperazione senza concorso di volontà *specifica*, è un assurdo legale. Invanò gli si obietta che *un delitto* ei lo volle: la volontà diretta *ad un delitto* non può trasformarsi nella intenzione diretta *al delitto* non voluto, senza rinnegare la nozione elementare del *dolo*.

Ciò per altro corre senza contrasto, quando si tratti di delitto di *genere diverso*. Ove trattisi di solo *eccesso* nel *genere voluto*, può aversi la responsabilità per la sola volontà caduta sui *mezzi*, come altrove vedremo.

TERZA FIGURA — *Intenzione negativamente indiretta*.

Leggete ripetuto da tutti gli istitutisti di diritto penale che nei fatti *colposi* non può ravvisarsi complicità. Eppure in pratica cotesto principio sembrò tal volta fallire. Errò la pratica? È falso il principio? Nè l'uno nè l'altro. Il principio è assolutamente vero; e finchè si vorrà istituire l'accusa sotto lo emblema della *complicità*, dovrà urtarsi in cotesto scoglio, e cadere; perchè non può essersi *complici* di un fatto che non si è *preveduto* nè voluto. Ma ciò non toglie che il preteso complice possa tenersi a calcolo e punirsi come *autor principale* di un fatto di per sè *stante*, che *individualmente* preso sia punibile come *colposo*.

Ritornate alla mente la teoria delle cause *mediate* e *immediate* nei fatti colposi.

Primo reduce dalla caccia, è andato in un caffè, ed ivi ha lasciato l'archibugio carico. Ecco un fatto imprudente.

Secondo recatosi in quel caffè, ha preso a maneggiare quell' archibugio; ne ha armato il cane, e così sbadatamente lo ha ricollocato dov' era. Ecco altro fatto imprudente.

Terzo colà sopraggiunto, prende quell' archibugio e ne abbassa la bocca in direzione degli astanti. Ecco di nuovo un fatto imprudente.

Il cane scatta, parte la botta, ed un uomo ne resta ucciso. Ecco un omicidio colposo.

Niuno eleva dubbio sulla responsabilità di *Terzo*. Egli è in *colpa*; egli fu causa *immediata* dell' omicidio.

Ma *Primo* e *Secondo* potranno esser puniti come *complici* di omicidio? Se l' accusa si formulasse in questi termini andrebbe delusa. Non è ammissibile *complicità* senza un concorso di *volontà* criminosa; e qui tal volontà non fu neppure nell' autor principale. E quando anche (cambiando l' ipotesi) l' autor principale fosse in dolo, tornerebbe allo stesso per gli altri due, che furono in semplice colpa. Per questo lato essi nulla avriano a temere.

Ma dovrebbero essi *Primo* e *Secondo* restare esenti da ogni rimprovero? Ciò dipende dalla questione che altra volta trattai circa la responsabilità delle *cause mediate* nei fatti colposi. Ammesso che tale responsabilità si estenda ancora alle *cause mediate*, potranno obiettarsi a *Primo* e a

Secondo i rispettivi loro fatti, come atti che *di per loro stessi* costituiscono un *quasi-delitto*. *Primo* col lasciare in quel luogo l'archibugio fu *causa fisica (mediata)* del tristo evento. Ecco un *materiale* che porge base alla imputabilità. *Primo* potea prevedere i facili danni di un'arma lasciata colà: e volontariamente trascurò prevederli. Ecco il *formale* della colpa. Lo stesso ripetesi sul fatto di *Secondo*.

Ma se su cotal fondamento si puniranno *Primo* e *Secondo* ad occasione del fatto di *Terzo*, non si puniranno già come *complici* di costui; nè come partecipi del suo quasi-delitto: e il volgo che così da quella punizione argomentasse, errerebbe a partito. Si puniranno perchè nel loro fatto isolato vi è quanto basta per ravvisarvi una *colpa*, che ne rende gli autori politicamente imputabili, tostochè avvenga l'evento sinistro. Tanto è ciò vero, che nella causa *immediata* potrà in qualche caso trovarsi colpa leggiera; e colpa grave nella causa *mediata*; e talvolta anche può essere senza rimprovero la causa *immediata*, e meritar rimprovero la *mediata*, come il tutto a suo luogo vi dimostrai.

Ecco in che senso i *partecipanti* al fatto *colposo* possono essere responsabili; senza che per questo vacilli il principio razionale e costante, che nei fatti *colposi* non si ammette *complicità*.

QUARTA FIGURA — *Intenzione imperfetta.*

Anche qui troverete generalmente insegnato che nei delitti d'*impeto* non può esistere *com-*

plicità; la ragione di tale dottrina sta in questo; che nei fatti d'impeto non può, a cagione del bollore degli affetti, ravvisarsi una volontà precisamente *diretta* ad un fine: poichè ciò naturalmente esige la calma del ragionamento.

In sostanza le ragioni per cui si esclude dai fatti d'impeto la complicità sono analoghe a quelle per cui ne escludemmo il *tentativo*.

Ma questa proposizione per altro non deve in tema di complicità nel delitto perfetto, accettarsi così ciecamente. Perchè fra la complicità in un delitto condotto a compimento da altri, e il tentativo esiste questa differenza; che nel tentativo, mancando l'*evento* che riveli l'*idea* dell'agente, questa rimane nella sfera delle previsioni congelaturali. Laddove nella complicità che si obietti rapporto ad un delitto consumato, avendosi l'esistenza dell'evento ottenuto, questo può talvolta fornire prova esplicita e positiva del *pensiero* dell'agente, anche *accessorio*.

In proposito di complicità bisogna guardarsi dal confondere i fatti di vero *impeto* da quelli di istantanea risoluzione. Egli è chiaro che la suddetta regola procederà, insieme con la ragione che la dettò, nelle azioni commesse per moto istantaneo, e sotto il turbamento di violenta passione. Ma non potrà sempre corrersi a dire, è esclusa la *deliberazione* del fatto, dunque è esclusa la *complicità*; perchè ognuno comprende che anche negli atti di subitanea risoluzione può nascere un *concerto sull'atto*, pel quale più persone vi cooperino tutte con *positiva* volontà di raggiungere un fine determinato.

Inoltre deve notarsi che nei veri fatti d' *impeto* non può già dirsi che la complicità sia giuridicamente repugnante; ma solo può dirsi che ne sarà tanto difficile la prova, da essere sembrata quasi impossibile. Altro infatti è dire che una data *condizione giuridica* sia *difficile* a provarsi: altro che una data *condizione giuridica* sia *repugnante* alla scienza. In questo senso sarebbe errore lo impugnare assolutamente la *complicità* nei fatti rissosi, e in generale nei fatti d' *impeto*.

Si sono spesso adottate come assolute nella scienza nostra certe proposizioni, perchè si sono studiate colla mente preoccupata da un caso al quale esattamente quadravano; senza avvertire che potevano esservi casi analoghi, nei quali diversa ragione corresse, e la regola divenisse fallace.

Così la massima della *L. si in rixa 17 dig. ad leg. corn. de sicariis* è indubitata se si applica ad *atti disgregati*, ma è fallace se si applica ad *atti coefficienti*. Se immaginate due che per subito impeto si danno a percuotere uno stesso individuo, sarà giusto che ciascuno risponda dei proprii colpi; e di *complicità* non si parli; perchè ciascun di quei due ha l' *intendimento* di sfogar l' *ira propria*; non quello di *coadiuvare* al fatto dell' altro. Ma se invece un di quei due ha afferrato il nemico, e rettollo con mano potente, ha gridato al compagno — *da', che io lo tengo* —; o se uno nella rissa ha porto all' altro l' arma micidiale: o se, mentre altri corrisano

evvi chi eccita con la voce uno dei corrissanti a percuotere; si dirà forse che per questo perchè furente sdegno gli acciecava, non fu tra loro *complicità*, e che il reggitore, o il porgitore dell' arma, o l' eccitatore non è partecipe della responsabilità del feritore (1)? È evidente che con ciò si andrebbe ad applicare una regola anche là dove cessa la ragion della regola. E non può egli nel più furente bollore della passione lanciarsi anche un mandato, che renda il mandante partecipe della responsabilità del sicario?

Dicasi dunque con più esatta formula, che il dolo d' impeto porta a *presumere* che il concorso

(1) Son questi i tre casi nei quali i pratici esemplificarono come possibile la complicità in rissa, e impugnarono doversi limitare la regola di PAOLO nella leg. ult. ff. ad leg. Cornel. de sicar.

Ma questi tre casi non presentano che una *potenza*, la quale deve per conseguenza cessare quando le speciali circostanze mostrino una volontà diversa nel preteso complice. Colui che porse l' arma può aver avuto intenzione contraria: p. e. io aveva un fucile; lottando col nemico cui non voleva uccidere, lo diedi al compagno per usare io della libera mano, e proseguì a lottare e percuoter con pugni: intanto il compagno si valse di quel fucile per uccidere il comune nemico: ecco, la presunzione del 1.^o caso sparisce.

Colui che afferrò il comune nemico, lo afferrò perchè questo munito di arme voleva uccidermi. Il mio compagno lo fermò per disarmarlo, ed impedire effetti letali; altri intanto lo uccise. Bisognerà bene guardarsi dal fare la ingiusta metamorfosi di un' intenzione mite nella intenzione letale; ed ecco, la presunzione del 2.^o caso dovrà cessare.

di *azione* sia scompagnato dal concorso di *volontà*: e che tale presunzione vincerà sempre, quando non si abbia una manifestazione *esplicita* di volontà, che non lasci dubitare del concorso intenzionale dell' uno al fatto dell' altro. In una parola, la regola non sta nel *dolo d' impeto*; sta nella mancanza di *concorso* di *volontà*. Se questo si verifica *malgrado quello* in un modo *certo, univoco, e positivo*, la regola tace.

In tal senso sta bene che il caso dei delitti d' *impeto* trovi sede in questa prima categoria, come figura di concorso di *azione* senza concorso di *volontà*; perchè *presuntivamente* è tale.

Colui che eccitava i corrisanti si limitò a dire *dategli addosso*; perchè vedeva tutti percuotere con pugni emanate. A sua insaputa uno dei percussori brandì lo stile, ed uccise. L' eccitamento si referiva alle percosse non alla strage. E bisognerà bene per giustizia che la presunzione di complicità rapporto all' *omicidio* avvenuto cessi anche nel terzo caso. In ordine al quale non può nascer dubbio, che quando abbia i caratteri di complicità, questa si verifichi, non per semplice concorso di *volontà*, ma per concorso di *azione*, per la circostanza della *presenza materiale* all'atto consumativo; come verrà spiegato in appresso, quando saremo appunto a parlare della *presenza* al delitto come atto corporeo capace nei congrui casi di costituire complicità.

Questa avvertenza ho voluto fare perchè si conosca che nelle esemplificazioni non vi è mai regola generale assoluta: e tutto si modifica per le circostanze. Il principio assoluto della scienza è uno solo — che non può esservi complicità nell' altrui delitto, se non vi è concorso di *efficienza*, e di *volontà esplicitamente* manifestata.

Son queste le esplicazioni del PRIMO CASO. Pure le ho mostrate sotto un sol punto di vista; supponendo cioè sempre la mancanza del concorso di *volontà* nel *complice*. Nulla osta per altro a che si rovescino le figure; immaginando che il *concorso di volontà* criminosa sparisca in colui che fa l'atto di *consumazione* del delitto, perseverando nell'altro. Avrete sempre il medesimo risultato: che la *complicità* vi fuggirà di tra mano, perchè vi rimarrà *un delinquente solo*. In questa seconda ipotesi sparirà la imputabilità dell'autor fisico, e il supposto complice ne assumerà egli la figura, come *causa* volontaria ed unica del fatto che cagionò la violazione della legge; perchè la mancanza di *volontà* nell'autor *fisico* lo cambia (come ho detto) in mero *strumento* dell'altro; e converte questo in *autore principale*, anzi unico del delitto.

SECONDO CASO

Concorso di volontà senza concorso di azione.

Perchè si abbia in questo caso la nozione della *complicità* bisogna supporre una *volontà comunicata esplicitamente*.

Finchè taluno desidera il delitto, o internamente applaude al vederlo compiere da altri, costui pecca, ma non delinque; perchè non aggiunge *forza* nè *morale* nè *fisica* al delitto; il quale da capo a fondo procede senza subire da quello influenza nessuna.

Bisogna dunque figurare che quella volontà sia stata manifestata, e che abbia o più o meno servito a dare *impulso* al delitto. In sostanza bisogna immaginar la *parola* da un lato, l'*azione* dall'altro lato. La mente di uno ha careggiato l'idea della strage, il suo labro ha proferito la parola — *uccidete* — e il braccio di un altro ha risposto a quella parola con la uccisione. Questo concetto parrà a voi che presenti un caso *unico*, ma non lo è. Esso vi sviluppa dinanzi cinque *figure*, che sebbene appartenenti alla stessa famiglia, pure sono grandemente distinte tra loro. L'una è la figura del *mandante*, l'altra del *coagente*, l'altra del *comandante*, l'altra del *consigliere*, l'altra del *socio*. Tratti caratteristici dei più segnalati distinguono queste cinque figure: e il *mandato*, la *coazione*, il *comando*, il *consiglio*, la *società*, sono enti giuridici sostanzialmente differenziati.

Mantengo questa nomenclatura della vecchia scuola, perchè la parola *istigatore*, se può accettarsi in un codice, che dopo avere agli effetti penali identificato posizioni naturalmente diverse, voglia con un sol vocabolo tutte abbracciarle; non può servire alla scienza: cui fa mestiere conoscere, e tener distinti anche con la nomenclatura gli oggetti sui quali cadono le sue investigazioni. Si istiga col *consigliare*, col *commettere*, col *comandare*, col *costringere*, con l'*associarsi*. La parola *istigatore* esprime una *materialità* comune a diverse condizioni giuridiche. La scienza ha biso-

gno di nomi che segnalino coteste diverse condizioni.

La nota caratteristica che distingue queste cinque figure è di facile riconoscimento. Ve l'addita la *utilità* del delitto.

Se il delitto che va ad eseguirsi torna ad *utilità* di chi vi concorse col *solo* comunicare la sua *volontà* all' autor fisico del medesimo, si avrà o il *comando*, o la *coazione*, o il *mandato*.

Se il delitto torna ad *utilità esclusiva dell' autor fisico*, avremo il *consiglio*.

Se ad *utilità comune*, avremo la *società*.

Questo dato giuridico è inalterabile. Potranno impropriarsi coteste figure; e il mandante, il socio, il consigliere concorrere anche all' *azione*; ed allora questo concorso modificherà la loro posizione giuridica, e aggraverà possibilmente la loro responsabilità. Ma noi studiamo quì i casi semplici.

Il distintivo del *comando* e della *coazione* rispetto al *mandato*, sta in una circostanza che al *mandato* stesso si aggiunge.

Il *mandato* è l'incarico dato ad altri, e da questi accettato, di consumare un delitto.

Il *comando* è un *mandato* che da persona fornita di *autorità* si trasmette a persona subietta a cotesta autorità.

La *coazione* (nel punto di vista nel quale può figurare nella teoria della *complicità*; vale a dire nel solo caso di costretta *azione*, non di costretta *reazione*) è un *mandato* imposto con *minaccia* di un male.

Così il *comando* e la *coazione* non sono che *mandati qualificati*. L'abuso di *autorità* nell'uno, l'abuso della *forza* nell'altro, ne costituiscono ad un tempo la qualifica, e la nota caratteristica.

Quindi il *comando* e la *coazione*, di cui dovemmo tener lunga parola nella teoria delle *minoranti*, non occupano che breve spazio nella teoria della *complicità*.

Perchè se la *coazione* e il *comando* raggiungono quell'apogeo giuridico che in allora vi mostrai; cosicchè ne avvenga che la *causa fisica* del delitto evada ogni imputazione, o per la mancata *spontaneità*, o per la mancata *cognizione*, egli è manifesto che la *coazione* e il *comando* non hanno più sede nella presente teoria, perchè rimane un *unico* delinquente.

E se invece la *coazione* e il *comando* non giunsero a tale da rendere immune da imputazione l'autor fisico del delitto, le regole di questi due casi si confondono con quelle del *mandato*. E qui avverto che non mi pare esatta la formula che dettò il Carmignani, quando disse che quanto meno l'azione sarà imputabile al comandato e al coatto, tanto più sarà imputabile al comandante e al coagente. Acciò questa regola fosse sicura, bisognerebbe corresse una proporzione costante in ragione *inversa* fra la imputazione degli uni e la imputazione degli altri, alla guisa che in un debito civile quanto più se ne è pagato dal debitor principale tanto meno ne resta a carico del mallevadore. Ma questo non è. Voi già sapete che

la imputazione di un reato col solo *dividersi*, e cadere su molti, non *minora*: anzi talvolta ne aumenta la politica gravità. E può bene accadere che il *coatto* incontri una imputazione, perchè manchi in lui taluno degli estremi del *moderame*, senza che per ciò ne scemi la imputazione del *coagente*.

Tenuta la *coazione*, e il *comando* come *mandati* qualificati, stringeremo le nostre considerazioni sulle tre principali figure del concorso di *volontà* senza concorso di *azione*; voglio dire il *mandato*, il *consiglio*, la *società*.

Ma quando sarà che la *complicità* si sviluppi da questo concorso di *volontà* senza concorso nell' *azione*? Evidentemente quando un' *azione* sia nata. Il *mandato*, il *consiglio*, la *società* non sono *conati*. Già sapete che per aver *tentativo* è necessario che sia incoata la *esecuzione* del delitto. Ora due che si accordano nel *volere* un delitto, con questa sola concordia non hanno intrapresa la sua *esecuzione*.

Perchè dunque da quell' union di consensi sorge la nozione della *complicità* bisogna che il *coatto*, il *comandato*, il *mandatario*, il *consigliato*, o il *socio* esecutore, abbiano intrapresi alcuni degli *atti esterni*, che servono alla esecuzione del reato. Bisogna che siano autori almeno di un *tentativo*.

Finchè non si ha lo *intraprendimento materiale* del delitto voluto, l'accordo scellerato potrà prendersi di mira come reato di per sè stante; ma non come elemento di *conato*, nè come

dato di *complicità* in un delitto, che non ha mai cominciato ad esistere. Concepire l'idea di *causa morale* dove non si ha *effetto*, è un assurdo. Potrà aversi il reato di *istigazione*, di *associazione illecita*, di *violenza*, di *abuso di autorità*: i quali, se furono consumati nel rispettivo loro modo di essere, potranno imputarsi come fatti criminosi *sui generis* a tutti coloro che vi accedettero con la loro libera volontà; ma non mai col criterio della *complicità*, nè del *tentativo*. Ciò premesso vediamo le specialità del *mandato*, del *consiglio*, e della *società* a delinquere.

PRIMA FIGURA — *Mandato*.

Trovammo la nota distintiva di quellè tre *figure* nel diverso reparto dell'*utilità* del delitto. Nè questa è considerazione puramente nominale. Essa trae seco importantissime conseguenze circa il grado di responsabilità di colui che solo *moralmente* partecipò nel delitto. Avvegnachè la *utilità* essendo l'ordinario movente dell'animo umano, nei tre proposti casi la volontà dell'esecutore presenta una diversità nell'*impulso proprio* secondo la proporzione dell'utile del delitto: onde se il delitto sarà a tutto vantaggio dell'*autor-fisico*, questi nella prospettiva dell'utile avrà una forza automovente non referibile al consigliere: quindi la volontà del consigliere dovrà tenersi come una forza che diede minore *impulso* al delitto. Se invece l'*utile* sarà comune, avremo un *impulso coeguale* nelle due volontà. Se poi l'utile ne verrà tutto a chi il delitto ad altri commise,

egli è chiaro che, nell'animo dello *autore* mancando una forza propria che lo movesse, anche l'*impulso* del suo volere sarà referibile al committente, e la *forza morale* del delitto troverà la sua prima genesi nella costui volontà.

L'utile che dal delitto ridonda al *consigliato*, o al *socio* esecutore può far ritenere, che anche senza la parola istigatrice e' si sarebbero determinati al delitto.

Il niun utile che dal delitto ridonda al *mandatario* fa invece presumere, che senza quella ingiunzione mai il mandatario avrebbe dato opera a violare la legge.

È così una conseguenza che logicamente deriva dalle nozioni costitutive di queste tre *figure*, che in ragione del *concorso morale* si abbia minore imputazione nella ipotesi del *consiglio*, maggiore nella ipotesi della *società*, massima nella ipotesi del *mandato*.

Procediamo dunque a determinare le norme di questa imputazione nel suo grado massimo; poi ne verrà facile il progresso ai gradi inferiori.

Eccoci ad una delle gravi questioni della scienza. Cioè se *mandante* e *mandatario* debbano equipararsi nella imputazione. Su ciò essenzialmente divergono gli scrittori. Esiste aperto antagonismo fra le diverse scuole; da alcune sostenendosi che il *mandante* deve esser punito alla pari del *mandatario*; dalle altre insegnandosi che deve esser punito meno. E le menti in questa disputa si infiammarono. Carminiani com-

battè Rossi; Roberti combattè Carmignani; e spesso le invettive fecero le veci di serie argomentazioni.

Meditando gli scritti dei diversi campioni che scesero in questa lizza, pare a me che la divergenza abbia la sua origine nel diverso punto di vista sotto cui si prese a stabilire la misura della imputazione dei reati.

Gli uni fissarono la mente sopra l'*azione* criminosa; e l'*atto fisico* assunse agli occhi loro una prevalenza da cui non seppero declinare.

Gli altri fissarono la mente sulla *causa* del delitto; e la considerazione della *causa* esercitò forza prevalente sull'animo loro.

Il *mandante*, dice il Carmignani, *volle il delitto*; il *mandatario* lo *volle e lo eseguì*. Dunque se nell'uno avete *volontà* ed *azione*, e nell'altro avete *volontà senza azione*, è ingiusto, che lo puniate ugualmente. Nel delitto punite un *fatto*; dunque la parte attiva presa in quel *fatto* deve sempre predominare nelle ragioni di calcolo.

Il *mandante*, soggiunse BERTAULD, sarà la causa *morale* del delitto, ma non ne è la causa *giuridica*. Egli avrà una criminalità *subiettiva* uguale, e talvolta maggiore dell'agente *fisico*. Ma la legge non colpisce la criminalità *subiettiva* di per sè stante. Le risoluzioni per quanto perverse non si puniscono finchè la criminalità *obiettiva* non è nata. Dunque nel *mandante* si punisce un elemento che per sè stesso non sarebbe punibile: dunque vi è disuguaglianza giuridica fra l'*istigatore* e l'*autore*.

Il *mandante*, dice Rossi (e seco CHAVEAU) fu la *prima causa* del delitto: e diede l'*impulso* alla volontà del mandatario, che ne fu una *seconda causa*. Sarebbe ingiusto che meno si punisse colui alla cui volontà risale la *prima* origine del fatto delittuoso. Nel delitto voi punite un *effetto*: la mancanza di *azione* nel mandante, che porterebbe a meno imputarlo, trova dunque un compenso nell'aumento di *forza causante*, che in lui si ravvisa. Nell'uno vi è tutta l'*azione* e meno di *causa morale*; nell'altro vi è tutta la *causa morale* e nulla *azione*. Il risultato di questo calcolo deve essere la loro parificazione.

E siffatto diverso modo di guardare la questione sembrami risalire a più alta divergenza nei principii fondamentali della scienza nostra. Perchè se al gius di punire si dà per fondamento la *politica necessità*, sarà logica deduzione la prevalenza di ciò che si è *fatto*. E siccome la società ha principale necessità di difendersi contro chi eseguisce i delitti; poichè dal costui braccio nasce il *pericolo*; così sarà coerente lo stabilire una repressione maggiore avverso chi *esegui* e *volle* il delitto; minore avverso chi lo *volle soltanto*.

Ma se al contrario la genesi del gius di punire tragge anche alla *violazione del dovere*, lo *impulso morale* dato alla *violazione* assume carattere prominente, e la cronologia delle rispettive volontà influisce sul calcolo dell'imputazione. Così nella scienza i principii si concatenano tra loro

con un nesso logico appena percettibile, e non percepito talvolta neppure da chi lo subisce.

Esitò in faccia a questa contesa il dotto Giuliani; e tentò uscirne col distinguere fra mandato *gratuito* e mandato *prezzolato*. Se il mandato è *gratuito*, egli disse, può ritenersi che un segreto impulso dell'animo suo muovesse il *mandatario* al delitto; ed allora si potrà imputar meno il *mandante*. Ma se il mandante ne comprò con una *mercede* l'opera scellerata, su lui ricade la piena imputazione del reato.

Malgrado però la deferenza dovuta a così insigne maestro, io non mi appago di cotesta distinzione. Io già non so persuadermi che il mandato *prezzolato* sia più odioso rispetto al *mandante*, che il mandato *gratuito*.

Rispetto al *mandatario* trovo bene per questo lato una soverchianza di gravità nascente dal *salario*. Perchè un uomo che uccide alcuno per servire all'amico o all'amata, ha un che di eroico anche in mezzo al delitto, che può meritargli commiserazione: mentre colui che *per mercede* svena un innocente cui egli non odia, è l'essere il più vile ed abominevole, è il più esecrando fra tutti i delinquenti.

Ma rispetto al *mandante* io non sento ugualmente la influenza del *salario*. Colui che abusa dell'affetto generoso di un amico o di un'amante, e lo sacrifica spingendolo al delitto, è anzi più vile e perverso, che non lo è chi compra il delitto con l'oro. L'anima del sicario doveva es-

sere già rotta al male, se divenne *per prezzo* sicario. L'anima di chi eseguì *senza mercede* le altrui vendette^a potè esser pura fino a quel giorno, e divenire corrotta per soverchianza di devozione o di gratitudine verso il mandante.

Odo dirmi che il mandante prezzolatore abusò dei *bisogni* del sicario. Io già nego questi *bisogni*. In nove casi su dieci il sicario si vende per cupidigia, o per alimentare viziose abitudini. Ma fossevi pure il bisogno. E che forse lo abusar dei *bisogni* altrui è più reo che lo abusare delle altrui *affezioni*? È più vile l'uomo che compra una vergine avida di denaro; o l'uomo che seduce donzella innamorata, ricambiandone la cieca affezione col disonore? Io stimo più malvagio questo di quello.

L'unico argomento cui possa raccomandarsi co-testa distinzione si è una considerazione politica. L'uomo denaroso, può dirsi, troverà spesso un sicario: difficilmente troverete un amico che uccida per conto vostro. Dunque il concorso del *prezzo* rende più *pericolosa* alla società la persona del *mandante*.

In questa osservazione può essere verità politica. Ma la maggior difficoltà di eseguire un delitto in un certo modo, non è criterio giusto per minorarne la imputazione. Quando si punisce il fatto avvenuto, le difficoltà del suo avverarsi sono scompare. Ciò prova che le difficoltà sono state vinte dall'arte dell'istigatore; e che l'esecutore *gratuito* si è trovato. Allora trattasi solo

di istituire un calcolo di *proporzione* fra *mandante* ed *esecutore*. E la ricerca di tal proporzione non deve istituirsi col guardare soltanto se il mandante si debba punir *meno*; ma se il mandatario debba punirsi *più di lui*. Ora guardate la questione sotto questo aspetto, e vi troverete chiari. Ammesso che il *mandatario gratuito* si punisca *più del mandante*, ne verrà per conseguenza che il sicario *salariato* sarà *rispetto al mandante* a condizione migliore del *gratuito*. Istituite il confronto frai mandatarii. Chi non fu sedotto da vil cupidigia, ma da riconoscenza o deferenza ad un uomo, che tanto ne dominò la mente da spingerlo a ginocar la testa senza frutto nessuno, si troverà *comparativamente* al suo istigatore dichiarato *più* scellerato di lui. E l'altro che alla strage dell'innocente ruinò per la sete dell'oro, sarà *comparativamente* guardato di miglior occhio!

Io non credo che la distinzione del Giuliani possa risolvere la questione presente. Sì nel *mandato gratuito* come nel *salariato*, il mandante è la *prima causa* del delitto; egli in ambo i casi lo ideò, lo volle, e seppe trovar modo che il braccio altrui lo servisse a compirlo. O l'idea della mancanza di *azione* si vuol tenere come guida; e sì all'uno come all'altro deve tenersene conto per meno imputarlo. O si vuole obbedire alla considerazione della *causa*: e sì l'uno che l'altro furono *causa prima* ed efficiente del delitto; e debbono sopportarne la piena responsabilità, co-

me se col braccio proprio lo avessero consumato. Lo *impulso* alla mano esecutrice fu dato dal mandante: o fosse mezzo a tale impulso l'oro proferto, od altro morale eccitamento, l'efficienza ne risulta identica.

E quest'ultima opinione ha prevalso in Toscana, specialmente dopo il Codice del 1853, che all'art. 49 equipara lo istigatore all'autore, tanto se per via di *mandato* (e vuolsi intendere *semplice*) come se per via di *minacce, promesse*, od in *altro modo* (formula di somma elasticità) abbia spinto l'istigato al delitto.

Accettando cotesto principio, non sarebbe per altro accettabile la sua applicazione se non come *presunzione* da obbedirsi nei casi normali; ma variabile nei casi eccezionali. Mi spiego.

La equiparazione del mandante al mandatario nella punizione suppone due cose: — 1.^o — che nell'uno e nell'altro concorra una *proeresi ugualmente malvagia*: — 2.^o — che il mandante sia stato *prima causa* del delitto. Quando alcuno di questi due presupposti in un dato caso sparisca, deve cessare anche la regola della equiparazione.

Il primo presupposto sparisce quando, a cagion d'esempio, si abbia *premeditazione* nell'uno, e nell'altro nò: o scusa di *provocazione* per l'uno; e per l'altro nò. Difficilmente si toglierà dal *mandatario* la qualità della *premeditazione*; ma nel *mandante* è ciò facilissimo ad avverarsi. In un accesso di collera, ed anche sotto l'influenza di una giusta *provocazione*, una persona offesa

ha lanciato la parola di vendetta, ed ha offerto ancora, se vuolsi, una mercede per vederla eseguita: un satellite infame ha speculato su quello sdegno, ed è corso ad immolare la vittima. In costui voi scorgete bene un *dolo di proposito*. Ma in quel *mandante* voi non trovate che *dolo d'impeto*. Se egli avesse consumato la strage di propria mano, avrebbegli giovato la scusa della *provocazione*. E perchè invece si valse del braccio altrui, l'animo freddo del sicario farà apparir gelato ad un tratto l'animo furente del mandatore? Ciò non può ammettersi. Applicare in tal guisa la regola della equiparazione sarebbe un intenderla giudaicamente. Nò: la equiparazione corre soltanto finchè trova pari grado di *dolo*.

Nel modo stesso che nella *coazione* e nel *comando*, (mandati qualificati) mentre alla *causa morale* si applica la *piena* imputazione del reato, alla *causa fisica* si minora la imputazione in ragione dell'autorità o del timore che ne minorano il *dolo*: così debbono esser calcolate per la *causa morale* le circostanze speciali che agirono sulla sua volontà, senza che si violi con questo la regola della parificazione. Non vi può esser caso nell'universo diritto penale in cui le varietà del grado del *dolo* rimangano senza risultato: nè può esservi presunzione *juris et de jure* circa uno od altro grado di pravità intenzionale. Io non ammetto delitto premeditato per *presunzione juris et de jure*. Qualunque forma criminosa può

prestarsi all' ipotesi di una subitanea risoluzione.

Il secondo presupposto può sparire, o per dimostrazione di *verità contraria*, o per *presunzione* di legge.

Il presupposto che il *mandante* sia la *prima causa* del delitto cessa per *prova di verità contraria*, quando un processo dimostri, che la *prima* idea del delitto nacque dal sicario e non dal *mandante*. Anche questo è un caso facile a ritrovarsi, non solo nei romanzi e nei drammi, ma ancor nella storia. Un servo malvagio specula sulle passioni del ricco padrone. Sa che questi ha un nemico; ne esalta l' odio; gli offre il suo braccio sotto sembianza di generosa divozione; tanto fa e tanto dice, che il padrone, più che ordinare, consente alla strage di quel nemico. Punirete voi in questo caso il *mandante* al pari del *sicario*? Nò. Dimostrate coteste circostanze, la regola della parificazione deve cessare. Cesserà pel Codice nostro; perchè non sarà *istigatore* chi aderì alle altrui *istigazioni*. Cesserà pei principii della scienza; perchè la dottrina della equiparazione tutta si fonda sul supporre che il *mandante* abbia per il *primo* concepito il delitto; che egli vi abbia trascinato il *mandatario*; che egli in una parola sia del delitto la *prima causa*. Laonde cancellata cotesta premessa, si dee cancellare la conseguenza. Una misura di calcolo istituita sulla presunzione che io sia seduttore, non riesce più giusta quando mi dimostro sedotto.

Cessa poi il secondo presupposto per *presunzione di legge*, quando il *mandatario* ebbe dei *motivi suoi proprii* per consumare il delitto. Questa limitazione è testualmente sancita dall'art. 50 del Codice toscano; ed è una logica indeclinabile derivazione della ragion della regola. Si vuole equiparare nella pena all'*esecutor* del delitto colui che lo ingiunse, perchè in costui si presume la *prima causa* del fatto delittuoso; cosicchè la *quantità morale* della sua partecipazione al delitto, si tiene come di peso eguale alla *quantità fisica* dell'azione eseguita dall'altro. E perchè ciò? Perchè lo esecutore non avendo nel delitto vantaggio alcuno, bisogna ben credere che senza il *mandato* non lo avrebbe commesso. Tale è il concetto del *mandato proprio*, che il delitto tutto ritorni a beneficio del committente.

Ma se il sicario aveva dei *motivi suoi proprii* che lo spingevano a quel reato, la cosa è diversa. Si può dubitare che costui, ormai mostratosi pronò al delitto, lo avrebbe commesso anche senza il *mandato*, e per que' *motivi suoi*. Ad ogni modo le forze che hanno determinato la sua volontà sono state *due*. L'una fu il *mandato*, l'altra preesisteva nel *mandatario*. Ecco *impropriato* il *mandato*. Ecco che il *mandante* non fu più causa *unica* e *prima* del delitto: egli presenta una *quantità* minore di *morale* influenza sul fatto. Cessando così la considerazione della prevalenza della *causa*, o sia della *quantità morale* della complicità, torna ad essere dominante

la considerazione della prevalenza della *quantità fisica*, o sia dell'*azione*; e quel *mandante* risulta punibile meno del *mandatario*.

Coerentemente a tal pensiero l'art. 50 del nostro Codice non ammise cotesta limitazione se non quando *i motivi proprii del mandatario non fossero eccitati dal mandante*. Infatti se questi motivi particolari dell'esecutore sono stati *eccitati* dal mandante, i medesimi non offrono più nel mandatario una causa automovente ed autogenia a delinquere. Questa è, dessa pure, *causata* dal mandante; il quale torna ad essere a solo la *causa prima* dell'avvenuto misfatto.

Se non che gravissima difficoltà io vidi sorgere sulla interpretazione di quella parola *eccitare*; la quale a vero dire non è felice a bastanza. Pensarono alcuni che la condizione del *non eccitamento* dovesse dirsi mancata, tosto che il *mandante* avesse con parole fomentato nel sicario il *motivo suo proprio*; quantunque quel *motivo* fosse *preesistente e precognito* al sicario stesso. Altri invece pensarono che ad avere lo *eccitamento* ciò non bastasse; ma occorresse di più che il *mandante* avesse egli stesso *fatto nascere* quel *motivo* nell'animo del sicario, o col *crearlo*, o col *farglielo manifesto*. Tale difficoltà nasce dal doppio senso della parola *eccitare*. *Excitare flammam* significa *destare un incendio*. *Eccitare la fiamma* può anche significare *soffiare in un fuoco già acceso*. Così gli uni intendono la parola *eccitare* nel senso più stretto di *suscitare*; altri la intendo-

no nel senso più lato di *concitare*. Io non conosco che la giurisprudenza siasi ancora pronunziata su questa delicata questione: e dovendo precorrerla col mio pensiero, dirò che a me sembra accettabile la opinione più mite. A ciò mi conduce la lettera dell'articolo, il quale non dice *eccitar l'istigato*, ma *eccitare il motivo*, lo che rende inaccettabile lo intelletto di *concitare*. Ed a ciò pur mi conducono i principii fondamentali di questa teoria: perchè data la *autogenia* di un *motivo suo proprio* nell'animo del *mandatario*, *preesistente* al *mandato*, ed a lui *precognito*, sparisce il caso *semplice*, nel quale si configura il *mandante* come *prima causa* del delitto: e sorge il caso *misto* della duplice causa morale del delitto: ed allora la considerazione della *forza fisica* del delitto, *tutta* attribuibile allo istigato, torna ad esercitare la sua prevalente importanza rispetto al non concorso del *mandante* alla azione.

SECONDA FIGURA — *Consiglio*.

Il *consiglio* consiste in una *insinuazione fatta ad altri per persuaderlo a commettere un delitto di suo esclusivo vantaggio*.

Scorge ognuno a colpo d'occhio la immensa diversità, che sotto il punto di vista giuridico intercede fra questa figura e la precedente; e quanto sia minore la *quantità morale* di forza delittuosa in questa che in quella. La niuna utilità che dal delitto ridonda al *consigliere* porta a ritenere con grande facilità, che il consiglio possa

esser dato per momentanea irriflessione, senza proposito di vederlo eseguito. Il consiglio nella maggior parte dei casi è scevro da deliberazione. Oltre a che lo interesse a delinquere, tutto concentrato nell' *autor fisico*, induce ad ammettere che anche senza la parola fomentatrice si sarebbe il delitto da lui commesso.

Di qui le dispute sulla imputabilità politica del *consiglio*; che da molti assolutamente si negò: nè questa opinione si restrinse ad alcuna scuola, ma è tuttavia dominatrice in molte legislazioni; come per esempio nel reame di Francia, ove quel Codice, per quantunque severo, non ravvisa nella nuda istigazione un elemento di complicità.

Nella scuola italiana prevalse un criterio più analitico; e la famigerata quanto giusta distinzione fra il *consiglio efficace*, ed il *consiglio* che dicono meramente *esortativo*. Distinzione che trae radice dalla conciliazione de' varii frammenti del diritto romano, ma che al tempo stesso si asside sovra una base razionalissima; risalendo al principio della *causa*.

Nel primo si ravvisa un atto costitutivo di *complicità*, e come tale politicamente imputabile: nel secondo la comune scuola scorge un atto che, per quanto immorale, sfugge alla censura penale: e ciò perchè nel primo si tiene come certa la sua *influenza* sull'atto criminoso; nel secondo cotesta influenza apparisce per lo meno dubbiosa. Torna però difficile determinare *a priori* la esatta linea di sconfinazione fra il *consiglio effi-*

cace e il *consiglio esortativo*. Poterono gli scrittori agevolmente esemplificare il consiglio *efficace* nelle *istruzioni* date al delinquente sul modo di raggiungere il malvagio suo intento; perchè è sempre agevole esemplificare i due membri che sorgono da una distinzione nei loro punti estremi di divergenza: ma il nodo sta nei momenti di contatto fra membro e membro: e quì la scienza non può dettare una formula netta, che sconfini con criterio infallibile il consiglio *esortativo* dallo *efficace*. La efficacia non può altrimenti definirsi che come *efficacia*.

Dovrà dunque dipendere dalla prudenza del magistrato il determinare nei casi speciali se il consiglio deve sfuggire alla imputazione civile: e in ciò dovrà procedere con una ragione composta; indagando cioè nell'animo del *consigliere* se in lui fu *proposito di spinger* l'altro al delitto; e indagando nell'animo del *consigliato* se la *sua volontà subi*, per cagione di quel consiglio, un *impulso* al misfatto. Nel riscontro copulativo di questi due requisiti starà la ragione costituente la imputabilità del *consiglio*: perchè il primo costituirà il vero *concorso* di *volontà* del consigliere nel delitto; ed il secondo la *efficienza* di questo concorso. Sempre è l'istesso principio fondamentale quello che domina la teoria. Non può aversi un complice politicamente imputabile, se non in quanto in lui si riscontri una *causa volontaria* del delitto eseguito da altri.

Quando in tal guisa siasi ritrovato un consiglio costitutivo di *complicità*, sarà allora a vedersi qual rapporto debba esistere fra il grado della imputazione dell' autore principale, e il grado di imputazione del consigliere. E qui è comune dottrina che il consigliere, per quanto efficacemente abbia concorso al delitto colla sua volontà, debba però sempre punirsi *meno* dell' autor principale. E se ne ha ragione evidente, perchè il delitto in questi casi riceve dall' autor principale non solo tutta la *forza fisica*, ma anche la parte maggiore della *forza morale*, per la cagione di delinquere che tutta risiede nel consigliato.

Il Codice Toscano ha previsto il caso del *consiglio* all' art. 55, dichiarando *ausiliatore* chi in altri ha *facilitato* o *fortificato* la risoluzione di delinquere: o *indicato i mezzi* di commettere il delitto. E l' esser dichiarato *ausiliatore* porta; nei casi ordinarii, a pena *minore* di quella che all' *autore* destina la legge.

La *indicazione dei mezzi* richiama quello che la scuola chiama *consiglio con istruzioni*. Questo esercita non solo un *impulso* sulla *volontà* dell' agente; ma in certo modo lo esercita anche sull' *azione*, della quale *quasi* diventa *mezzo*. Quindi con esatto acume si adeguò nel grado della imputazione la *indicazione* alla *somministrazione di mezzi*; quantunque la Scienza enumeri la prima tra le figure di mero concorso *morale*, e la seconda tra le figure di concorso *fisico*.

Il Codice toscano trova inoltre con quella prima formula la imputabilità del *consiglio* anche in tutti quei casi, ove la *efficacia* del consiglio emerga nudamente dall'impulso dato al delitto nella sua *forza morale*, col mero agire sulla *volontà* del delinquente. Quando la *risoluzione* a delinquere era vacillante in alcuno, e la parola altrui l'ha *fortificata*; o quando cotesta *risoluzione* non era ancor nata, e l'altrui parola ne ha *facilitato* la creazione; quella parola è sempre consiglio *efficace*: perchè se non ha *coadiuvato* all'*azione*, ha *coadiuvato* alla *volontà* delittuosa. E già si intende, benchè la legge nol dica, che cotesta parola *fortificatrice*, *facilitatrice*, o *istitutrice*, che con rigore forse eccessivo, si parifica all'*aiuto materiale*, dovrà essere emessa *dolosamente*; vale a dire con *scienza* e *proposito* di indurre quell'effetto. Altrimenti si andrebbe davvero alla esorbitanza, elevando di tanto la responsabilità di una parola imprudente, con cui siasi elogiato il pensiero criminoso.

Del resto è intuitivo che la *fortificazione*, la *facilitazione*, e la *indicazione dei mezzi*, rappresentano un *grado crescente di efficacia*; e quindi un grado crescente di imputabilità, che potrebbe senza ostacolo stabilirsi *a priori* dalla legge, ma che non può, anche nel silenzio di lei, dimenticarsi dal giudice.

TERZA FIGURA — Società.

La *Società* delittuosa nettamente si ravvisa nel *concerto fra due o più persone*, tendente a com-

mettere un delitto nell' *interesse comune*. La comunanza dell' interesse è il tipo caratteristico, che distingue la *società* dal *consiglio* e dal *mandato*. Possono i più *socii* concorrere tutti all' *azione*; ed allora dalla parte che avranno avuto in questa si prenderà la norma della rispettiva loro imputazione. Ma può ancora alcuno dei *socii* non partecipar niente all' *azione*; ed allora costui sarà responsabile per il solo *concorso morale*. Ora in tale ipotesi la esistenza di un *interesse proprio* anche negli *autori principali* del delitto, torna ad impedire che tutta la *forza morale* del medesimo si faccia nella sua genesi risalire a colui, che solo *moralmente* vi *concorse*: e perciò nella parità dell' elemento *morale*, la prevalenza della *forza fisica*, attribuibile *tutta* a quelli che agirono, fa sì che a questi si debba imputazione *maggiore* che agli altri.

Su tali principii limpidissimi corre anche il Codice Toscano; il quale all' art. 59, prevedendo il caso del *socio* che non abbia, neppur di *presenza*, partecipato all' *azione*, permette che questi incontri pena inferiore a quella serbata all'autore principale. Nè qui parmi che possa farsi al Codice il rimprovero di pleonasmò, quasichè all' art. 59 ripeta un concetto identico a quello già posto nell' art. 50. Esiste, pare a me, differenza sostanzialissima fra caso e caso: perchè nell' art. 59 si fa l' ipotesi di un *interesse comune* fra chi fu *causa fisica* del delitto e chi vi *concorse moralmente* soltanto; mentre l' art. 50 suppone *due interessi*

distinti; cioè l'uno tutto proprio dell' autor fisico del delitto; l'altro tutto proprio di chi gli diede l'impulso morale. Ciò chiaro emerge dalla diversa locuzione: perchè in un luogo si adopra la frase *interesse comune*, e nell' altro la frase *motivi suoi proprii*: ora i *motivi proprii* di ciascun delinquente sono evidentemente cosa diversa dall' *interesse comune*. Questi due casi sono distinti non solo nominalmente, ma anche razionalmente: e la differenza è feconda di risultati reali.

TERZO CASO

Concorso di volontà e concorso di azione.

Portati tutti i compartecipi di un delitto sul teatro dell'azione, le materiali operazioni poste in essere da ciascuno di loro assumono la norma direttiva del rispettivo grado di imputazione; e le varie figure dei partecipanti vengono a distinguersi e definirsi colla scorta di quella norma.

E qui diviene normale la considerazione del tempo in cui cadde cotesta partecipazione morale e fisica nel reato: perchè il tempo si compenetra coll'importanza dell'azione; e quindi colla sua gravità.

Qui dunque dobbiamo distinguere fra azione che precedette l'atto, costituente la consumazione del delitto: azione che fu concomitante all'atto di consumazione; e azione che fu susseguente a questo atto.

Se il concorso dell'azione cadde nei momenti che precedettero la consumazione del reato, avremo l'*ausilio*; o secondo il linguaggio della vecchia scuola, la *complicità in stretto senso*.

Se quel concorso avvenne nei momenti concomitanti la consumazione, avremo la *correatità*.

Se avvenne negli atti susseguenti, avremo o il *favoreggiamento* o l'*ausilio*, secondo la varia cronologia della volontà del partecipe.

Tre dunque son le figure che appariscono in questo caso: l'*ausiliatore*, il *correo*, il *favoreggiatore*.

L'*ausilio* consiste in — qualunque atto o eseguito o promesso avanti la consumazione del delitto altrui, col quale effettivamente e volontariamente si concorre con la persona al medesimo, senza però intervenire alla sua consumazione.*

Dicesi con la persona, per distinguere l'*ausilio* dal concorso morale.

Dicesi effettivamente, perchè la efficienza dell'atto è elemento indispensabile della complicità. Tentativo di complicità non può ammettersi dalla scienza; e chi dia opera ad atti estranei e privi di ogni influenza materiale sul delitto che altri stia commettendo; benchè ciò faccia nel vano disegno di facilitare quel delitto; sarà uno scellerato imbecille, ma non un ausiliatore. Così chi per aiutare ad un veneficio tentasse fabbricare un veleno, e non riuscisse, non sarà complice nè conante della uccisione che con altro veleno si consumasse; perchè su quel delitto non avrebbe avuto effettività l'opera sua.

Dicesi *volontariamente*, perchè un'azione, qualunque *efficiente* al delitto, non rende *complice* del medesimo chi l'abbia posta in essere senza *animo di dirigerla* a cotesto fine.

Dicesi *senza partecipare nella consumazione*; perchè se l'atto cooperativo avvenne in questo momento, non si è più *ausiliatore*, ma *correo*.

Correo è parola tolta ad imprestito dal diritto civile; nel quale *correi* si dicono più persone strette con egual vincolo solidalmente fra loro ad un' obbligazione qualunque. Per analogia di questa originaria significazione si disse *correità* la connessione esistente fra tutti coloro, che prendono parte al delitto nel momento della sua *consumazione*; qualunque sia la importanza degli atti che da ciascuno si pongano in essere.

Anche qui si volle modernamente estendere la denominazione di *correo* all' autor *psicologico*, come gli si voleva estendere la denominazione di *autor principale*. E così il mandante si venne a dire *correo*. Ma finchè il delitto dovrà consistere nel *fatto* esterno, che *solo* può violare la legge, coloro che al fatto non parteciparono fisicamente e in modo principale, non potranno mai dirsi *correi* coll' esecutore fisico, senza confondere tutta la tecnologia della scienza. Essi non sono che *accessorii* al *fatto* altrui: questo anche senza la loro accessione sarebbe delitto; la loro accessione senza il fatto di quello non lo sarebbe. Desumere la *correità* del mandante col mandatario dal supposto che ei sia *ugualmente obbligato co-*

me l'esecutore, si è cadere in una petizione di principio; ponendo come *postulato assoluto* ciò, che altro non è se non una conseguenza disputabile. Si ritorce poi la dimostrazione che di questa novella nomenclatura lessi in un recente opuscolo di valente criminalista. (TEM vol. 6 pag. 481). Ei dice che al mandante bene si adatta la denominazione di *correo*, perchè sono *correi* tutti coloro nei quali *esiste la stessa principalità di obbligazione, per la quale ciascuno di loro, se fosse solo a dovere, sarebbe pienamente reus*. Ora ognuno vede la fallacia di questo argomento, al solo ricordare che il mandante non è debitore in faccia alla legge penale per il *fatto proprio*; ma per il *fatto altrui*. Cosicchè se il fatto di quello isolato dal fatto di questo, non reca obbligazione nessuna; ne deriva che la figura di quello non può essere che *accessoria* alla figura di questo: deve essere non una figura *identica* con quello, ma una figura distinta, quanto è distinta l'azione *materiale* dall'azione *psicologica*.

Condizione indispensabile della *principalità* è quella di sussistere di per sè. Tutto che ha bisogno per sussistere di altro che lo sostenga, è, e non può essere che *accessorio*. Ma il concorso morale del mandante non incontra responsabilità per il delitto ingiunto al sicario, se non in quanto il sicario lo abbia materialmente eseguito. Dunque è questo il reo *principale*; l'altro non è che un delinquente *accessorio*. Si punisca alla pari, se così piace, ma si conservi la nomenclatura

che è congenita alla natura degli enti; e non si adulteri il senso genuino del linguaggio, per servire ad una opinione.

L' *ausilio* desume la sua importanza dallo *avvicinamento* maggiore o minore all'atto della *consumazione*: e secondo cotesto avvicinamento si distingue l' *ausilio* in *prossimo* e *remoto*, colla norma stessa con cui distinguemmo nella teoria del conato, il conato prossimo dal remoto. La *quantità* dell' *ausilio* e la *quantità* del *conato* si misurano con norma uguale.

E naturalmente si intende che la imputazione dell' *ausilio* dovrà graduarsi secondo la sua *quantità* fisica. Maggiore cioè nell' *ausilio* *prossimo*, consistente in atti che di poco distano dalla *consumazione* del delitto voluto; minore nello *ausilio* *remoto*, consistente in atti che più ne sono lontani: tenuta però sempre l' avvertenza, che per giudicare di tale *prossimità*, gli atti devono piuttosto *pesarsi* che *contarsi*.

Del pari non è disputabile la regola che nella *correatà* deve esser pari la imputazione di tutti i partecipi, in quanto attiene alla misura che se ne desume dal fatto; senza guardare a ciò che *fece* l' uno o l' altro circa la consumazione stessa: poichè ciò è una accidentalità, che non distrugge la *Individuità* dell'atto criminoso, cui tutti hanno contestualmente dato mano.

E ugualmente può tenersi come regola consentanea a giustizia, che il mero *ausiliatore*, sia esso *remoto* sia *prossimo*, debba sempre punirsi

meno dell' autore del reato. A forza morale uguale, presenta forza fisica minore nel delitto l' opera dell' ausiliatore che quella dell' autor principale: saria dunque ingiusto adeguarli.

È questa la vera e sola ragione della disparità di imputazione fra *autore* e *ausiliatore*: non già la considerazione dei *motivi* a delinquere che si vogliano presumere maggiori in quello che in questo: poichè tale presunta minoranza d'interesse è una congettura arbitraria e variabile, che non può per conseguenza dar base ad un canone costante di diritto.

Laonde, in coerenza di cotesta ragione, se l' *ausilio* fu tale che *senza di esso il delitto non potesse assolutamente commettersi*, può cessare la regola della diseguale imputazione: perchè cotesta preponderante influenza dell' *ausilio* sul delitto, ristabilisce l' equilibrio fra quelle due forze: e configura nell' *ausiliatore* una *causa determinante* il delitto. Così anche il Cod. toscano art. 57.

Del rimanente in questo argomento del concorso di *azione* importa definire quali *atti* si esigano a costituire *complicità*. E qui la parola *azione* si prende nel suo più ampio significato. Cosicchè si può avere concorso di *azione* anche in un fatto *negativo*; anche in una mera *omissione*; anche nella *presenza*; quando la *omissione* o la *presenza* erano *coordinate* a facilitare il delitto, e lo agevolarono *realmente*.

Colui che fa guardia nella via mentre il compagno ruba nell' altrui domicilio; colui che sta

presente alla strage che da altri si consuma; il servo che omette di chiuder l'uscio affinchè i compagni pongano a ruba la casa; il servo che non accorse alle grida del padrone assassinato, perchè aveva precedentemente promesso di far le viste di non udire; sono tutti *complici* rispettivamente dell'omicidio o del furto; e tutti *complici per concorso di azione*. Coll'assistere mediante un atto corporeo l'*azione* del loro socio essi la fanno propria; e il loro operato benchè *negativo* diviene *positivo* rispetto al delitto, perchè *positivamente* lo coadiuva (1).

Può dunque anche l'atto *negativo* offrir complicità per *azione*, quando *tre estremi* concorrano:

1.^o — *Efficienza* di quell'atto negativo sulla consumazione del delitto.

2.^o — *Volontà diretta* a porlo in essere per tal fine.

3.^o — *Manifestazione*, o tacita o espressa, di cotesta volontà all'autore principale.

Se vi sarà la *efficienza* senza la *volontà*, non avremo complice, perchè avremo un concorso di azione senza concorso di volontà.

Se vi sarà la *volontà* senza la *efficienza*, a quella volontà sconnessa mancherà il concorso di azione.

(1) Si disputò se i Romani ammettessero complicità per atto *negativo*. E non sembra che per l'affermativa siano concludenti nè la leg. 109 ff. de reg juris; nè la leg. 45 ff. ad leg. aquil. che evidentemente dispone per la sola responsabilità civile.

Sfugge quindi all'addebito di complicità colui che si trattienga curioso spettatore dell'omicidio che altri commette, quantunque quel suo fermarsi faciliti eventualmente la strage, perchè il micidiale abbia immaginato ch'ei fosse là per assisterlo. E sfugge all'addebito di complicità, colui che nascosto all'insaputa dei combattenti, si tenga là presso colla intenzione di correre al soccorso dell'assassino ove ne faccia bisogno. L'atto del primo ebbe un'efficienza, ma mancò dello estremo della *volontà*: l'atto del secondo ebbe l'estremo della *volontà*, ma mancò di *efficienza*: perchè quella sua presenza, non conosciuta, non accrebbe nè coraggio all'aggressore nè timore all'aggredito: l'uno sarà un maledaugurato innocente; l'altro sarà un malvagio fortunato: nessun de' due sarà un *complice* dell'omicidio.

E qui debbo un momento tornare alle nozioni che premisi al *secondo caso*, per evitare una difficoltà che potrebbe intorbidarvi la mente. Dissi che la *parola* (o *detta*, o *scritta*) configurava il comando, la coazione, il mandato, il consiglio, la società, tutti casi di mero *concorso morale*. Ma non è per questo a credersi che la *parola* sviluppi *sempre* il solo concorso *morale*. Bisogna distinguere fra *parola* che semplicemente agisca sulla *volontà* dell'autor fisico; e *parola* in cui si estrinsechi un cominciamento di *esecuzione*. In questa seconda ipotesi la *parola* costituisce vero concorso di *azione*, non solo nei delitti che consistono in parole o scritti, ma in ogni reato

possibile. Quando si dice ad altri — avvelena, rapisci, uccidi, e simili; questa *parola* non offre altro che un *impulso* alla *volontà* di chi deve *agire*: laonde non è principio di esecuzione. Ma quando si *dice* al farmacista, consegnate il veleno; quando si induce con insidiose *parole* la vergine a recarsi ove il rapitore l'aspetta; quando con *parola* traditrice si invita la vittima in luogo ove il nemico la ucciderà; non si dà *impulso* alla *volontà* dell' agente; si dà *impulso* direttamente all' *azione*. Distinzione sottile, ma esatta; che sconfina il caso in cui la *parola* esprime il solo concorso *morale*, dal caso in cui la *parola* costituisce il concorso *fisico*. In queste, e simili ipotesi la *parola* non è più un *mezzo* diretto soltanto a determinare la *volontà* dell' agente: è un *mezzo* diretto a determinare *fisicamente* l' *azione*: è un atto *esterno* di cui abbisognava l' *esecuzione* del delitto; e con tali *parole* si diviene *ausiliatori*, e talvolta anche *correi*.

Se fosse altrimenti si avrebbero casi di *dolosa* *coefficientenza* che sfuggirebbero alla imputazione. Colui che sapendo il pericolo che correva la designata vittima di un delitto, lo istigò a cosa che ne agevolava la consumazione, non sarebbe un mandante, nè un consigliere, perchè il consiglio o l'ordine non dicesse all'autore, ma alla vittima del delitto: e potrebbe non essere un socio nel delitto medesimo. Bisogna dunque considerarlo come partecipante all'azione: e lo è per fermo; poichè il fatto positivo della sua parola

entrò nella catena degli *atti esecutivi* del maleficio ; nè più nè meno come la *mano* che abbia spinto l'infelice nel precipizio.

Gli atti consecutivi alla consumazione del delitto, dissi che potevano sviluppare o la nozione dell'*ausilio*, o la nozione del *favoreggiamento* secondo la cronologia della volontà di chi fosse in essere cotesti atti. Se, quantunque posteriori al compimento dell'opera criminosa, furono *promessi* o *concertati prima della consumazione* del delitto, i fatti stessi si retrotraggono a causa della loro *precognizione*; e costituiscono vero e proprio *ausilio*. *Materialmente* questi fatti vennero ad esistere *dopo* il delitto; ma *intellettualmente* esistevano innanzi, perchè il delinquente già vi calcolava come su cosa certa, per l'iniquo patto stipulato con l'altro.

Colui che avea pattuito di comprare la roba prima che il ladro la rubasse; colui che avea in precedenza promesso all'omicida il mezzo di porsi in salvo dopo commessa la strage; non potrà negarsi complice del furto o dell'omicidio, benchè i suoi atti venissero a fatto compiuto. Se questi fatti vennero ad esistere *materialmente* dopo il delitto, *intellettualmente* però esistevano anche avanti, per la *promessa* e la *precognizione* loro; e così la loro esistenza *intellettuale* antecedente al delitto *influi sulla esecuzione* del medesimo; perchè l'autore principale ruinò più facilmente al delitto quando fu certo di avere un luogo cauto ove nascondere gli oggetti, o un

mezzo sicuro per salvare sè stesso, e simili. In tal guisa la *ricettazione* o di persone, o di strumenti, o di oggetti, benchè avvenuta posteriormente al delitto, se fu *precedentemente concertata*, viene ad essere *causa del delitto* medesimo.

Ma quando gli atti *posteriori* al delitto non sono conseguenza di un *precedente concerto*, è nella generalità dei casi assurdo giuridico lo innestarvi la idea della *complicità*, perchè non può esser *causa* che sia tutta posteriore all' *effetto*, tanto nella sua esistenza *materiale*, quanto nella sua esistenza *intellettuale*.

In questi atti si configura un delitto di per sè stante, che dicesi *favoreggiamento*.

Il *favoreggiamento* pertanto trova sede nella teoria della *complicità* più per analogia, che per un principio di stretta pertinenza. Esso è una figura piuttosto *adesa* che *coesa* al delitto già consumato.

Il *favoreggiamento* guardato secondo l'idea che ne porge il Codice toscano, può definirsi — *qualunque atto esterno idoneo, mediante il quale scientemente dopo la consumazione di un delitto, ma senza precedente concerto, e senza portare il delitto stesso a conseguenze ulteriori, si coadiuvano gli autori del medesimo o ad assicurarne il criminoso profitto, o ad eludere le investigazioni della giustizia*.

Dicesi *scientemente*, perchè non basta l'accidentale idoneità che abbia un atto a favorire un colpevole, se quell'atto non si operò con *scienza*

del delitto. Tale *scienza* deve essere anteriore all'atto che costituisce *favoreggiamento*, nè a lei equivale un mero *sospetto*.

Dicesi *dopo la consumazione*, ma senza *previo concerto*, perchè se *precede* l'accordo, nasce allora, come si è veduto, l'*ausilio*.

Dicesi *senza portare il delitto a conseguenze ulteriori*; poichè se ciò fosse si avrebbe una *continuazione* del primo delitto; e così una vera *partecipazione* al medesimo. Ed è questa la ragione per cui criminalisti di sommo nome persistono anche oggidì a sostenere, che il ricettatore o acquirente doloso di cose furtive non è un semplice *fautore*, ma un vero *partecipante* al delitto di furto; perchè col suo atto consuma una *ulteriore violazione* del diritto di proprietà (1).

Dicesi, *ad assicurare il criminoso profitto*, per includere nel *favoreggiamento* qualunque modo, con cui si ajuti, a delitto compiuto, il colpevole a raggiungere quel vantaggio cui col delitto mirava.

Aggiungesi, *o ad eludere le investigazioni della giustizia*, per includere nella nozione del *favoreggiamento* tuttociò che si faccia per coadiuvare o l'*interesse*, o la *sicurezza* del delinquente, dopo il consumato delitto.

Difatti distinguevasi nell'antica scuola la *ricettazione* criminosa in ricettazione di *frutto* del delitto (p. e. comprando o nascondendo le robe

(1) Vedasi il mio discorso sulla ricettazione.

furtive); ricettazione di *oggetti* attenenti al delitto (p. e. occultando le armi omicide, i conii falsificatori della moneta, o simili); e ricettazione di *persone delinquenti*.

E mentre tutti i criminalisti insegnavano che il semplice *elogio* di un delitto già commesso non fosse politicamente imputabile; si ammise per altro, sebbene per principii diversi, la responsabilità penale di tutte tre quelle *ricettazioni*. Ciò è ben giusto, perchè quando siano tali ricettazioni *intrinsecamente immorali*, le rende politicamente imputabili il danno non solo che ne rivie-
ne alla pubblica giustizia; ma anche la influenza, che la speranza di trovare fautori accresciuta per l'impunità dei medesimi, può esercitare sulla determinazione criminosa. Era giusto imputarle: ma errato imputarle con la norma della *complicità*.

Ma la parola *ricettazione* non esprimeva bastantemente tutti i casi di criminoso *favore*: perchè anche senza *nascondere cose od uomini*, si può *favorire* il delinquente con atti consecutivi al delitto: p. e. ubriacando i birri che inseguono il reo: eludendo i perquirenti; ingannando spie, e simili.

Questa è la nozione che diede del *favoreggiamento* il Codice toscano (art. 60 §. 4): il quale coerentemente ai principii più veri che la scienza detta in ordine ai *meri fautori*, infligge mitissime pene; la misura delle quali non ha relazione alcuna con la pena serbata agli *autori* del delitto. E bene a ragione; perchè questo fatto non si con-

nette col delitto già consumato, che come mera accidentalità; nella quale non può ravvisarsi nessuna influenza *diretta* sul delitto stesso. A talchè molte legislazioni poterono, senza danno, trascurare i fatti di *favore* che non fossero *ubituati*, e che non avessero *continuato* la violazione del diritto: considerandoli come conseguenza piuttosto di un lodevole, o scusabile spirito di umanità, che di malvagia tendenza.

Ma il Codice toscano non la intese così. Ei volle indistintamente punito qualunque fatto con cui, senza abitudine e senza previo concerto, si agevolasse per sentimento di pietà la fuga del reo, o l'occultamento del suo delitto; quasi per costringere i cittadini a farsi delatori in sussidio della giustizia. Il Codice unificò il caso di mero *favore* alla *persona* del reo, con l'*aiuto* prestatogli ad *assicurare il criminoso profitto*: quantunque nei due casi sia distintissimo e l'*affetto*, e l'*effetto*. E dopo essersi così mostrato nemico di ogni pietà, fu largamente pietoso alla cupidigia e all'avidità. Infatti il Codice prevede poscia il caso speciale di chi *riceve scientemente in consegna cose rubate*: e all'art. 448 lo punisce *menò* del *fautore*. Cosicchè chi compra scientemente cose furtive non può aver pena maggiore di un anno di carcere (art. 448); e chi aiuti il ladro a nascondere o a consegnare ad altri la cosa furtiva, può soggiacere a due anni di carcere (art. 60). Della qual differenza, che è singolare, francamente dirò rimanermi arcano il motivo. Noterò solo un fatto,

che mentre le leggi romane appellarono i ricettatori *pessimum genus* (*leg. 4 ff. de receptatoribus*); e tante legislazioni hanno costituito della ricettazione delle cose furtive un caso speciale; pel fine di punirlo di più, e talvolta fino all'esorbitanza (C. fr. art. 62); il nostro Codice, oltre ad aver qualificato anche questo fatto come un semplice favore, malgrado i suoi distinti caratteri, si è mostrato tenero pei compratori dolosi di cose furtive; e ne ha fatto un caso speciale pel fine di punirlo assai meno.

Ma del favoreggiamento formerà egli estremo la comunicazione di volontà col delinquente? L'istesso atto di favore può porsi in essere a preghiera del colpevole; e può porsi in essere per impulso spontaneo di pietà, anche all'insaputa del delinquente. Dovrà questo secondo caso parificarsi al primo? Nel diritto costituito suscitano (art. 60) il dubbio le parole *aiuto prestato al delinquente*. Nel diritto costituendo parrebbe repugnante che una volontà criminosa si tenesse come *accessoria* ad altra, quando frai due intelletti non vi è stata comunicazione di sorta. E certamente quel servo che per mal animo verso il padrone lasci l'uscio di casa aperto nella speranza che un ladro entri e rubi, in questa sua malvagità non si può dire *ausiliatore* del ladro ch'ei non ha mai veduto: perchè l'*ausilio* non deve considerarsi che come un'*accessione* al delitto principale. Ma tal repugnanza si dilegua nel favoreggiamento, il quale si considera come delitto

di per sè stante. E sotto questo punto di vista sembra potersi ammettere responsabilità penale in colui che abbia disperso le tracce del delitto altrui, a fine di eludere la giustizia; quantunque ciò abbia fatto spontaneamente, e *all'insaputa* del delinquente, e senza concerto con lui.

Io non veggio poi come possa formar soggetto di dubbio la limitazione che in ordine al *favoreggiamento*, non solo la scienza penale, ma la morale stessa dettò pel caso di *stretti congiunti* del delinquente. Quanto lo stretto congiunto del reo operi per salvar questo dalla pena; o sia che ciò faccia col nascondere la sua *persona*, o col distruggere le *tracce del delitto*; non può punirsi, senza condurre la legge civile ad un sacrilego antagonismo con la legge di natura.

MODIFICAZIONI

delle regole ordinarie della complicità.

Avremmo così esaurito la teoria della *complicità*, se noi dovessimo limitare gli studi nostri soltanto ai casi ordinarii. Ma nel dettare fin qui le norme della imputazione pei diversi casi e pei diversi gradi di *complicità*, abbiamo proceduto sempre su tre supposti: — 1.^o *coerenza* perseverante delle *volontà* tra loro — 2.^o *coerenza* dell' *azione* colla *volontà* — 3.^o *coerenza* della *personale posizione* giuridica dei partecipanti. Or quei presupposti equilibrii possono nei casi speciali sparire: ed allora dal disequilibrio nascono

impropriazioni, che modificano le regole fin qui stabilite. Bisogna dunque dimorare ancora su questa teoria, per esaminare le risultanze di tali possibili varietà.

1.º *Coerenza perseverante delle volontà.*

La *coerenza* delle volontà deve necessariamente avere in un momento esistito perchè si abbia *complicità*. Se il consenso nell' *idem placitum criminoso* non è mai sorto, è assurdo immaginare connessione: il vincolo del comune volere è l'anello che lega i partecipi di un delitto. Se il socio, o il mandatario non accettò la rea proposta, si avrà una nuda *proposizione* a delinquere, punibile come *fatto isolato* (C. P. art. 54), ma non colla ragione della *complicità*.

Ciò è da notarsi pel caso in cui il *recusante* abbia poscia consumato il delitto, cui si era dapprima negato. Anche in questo caso la mancanza dell'accordo esclude la *complicità*; e sorge la presunzione che il recusante abbia agito *per proprio conto*. Anche qui la *proposizione a delinquere* sarà punibile come *fatto isolato, occasionale* tutto al più del delitto seguito: mai come *complicità*.

Ma il dubbio nasce quando vi fu il *momento dell'accordo*, nel quale per conseguenza si avrebbe il *fondamento della complicità*; e poscia avvenne un *cambiamento* in una delle due *volontà* precedentemente *concordi*. Nasce il dubbio se e come siffatto *cambiamento* modifichi le regole della rispettiva imputabilità.

«Giò si avvera tutte le volte che l'uno o l'altro dei partecipanti varii consiglio e si pente. Qual sarà egli l'effetto di tal pentimento? Ecco lo scopo di questa prima ispezione.

I casi evidentemente sono due: o si è pentito l'autor principale; o si è pentito il suo complice. Se si pentì l'autor principale (cioè colui che doveva *eseguire la consumazione*), il suo pentimento non può non avere modificato l'azione prevista; e i principii sono ovvii.

O costui si pentì prima di divenire a nissun atto di esecuzione; e il suo pentimento giova al socio, giova al consigliere, giova al mandante in questo senso: che, non esistendo atto esecutivo politicamente imputabile, quelli non rimangono debitori che del nudo mandato, del nudo consiglio, o della nuda associazione, isolatamente considerati; se e per quanto siano politicamente imputabili come fatti criminosi di per sè stanti.

Se poi l'autor principale si pentì dopo che già aveva per la esequzion del delitto posto in essere atti che costituirono *tentativo*, un tentativo a delinquere avrà esistito; e su questo potrà radicarsi e misurarsi la imputazione. Ma tale imputazione sparirà per l'autore principale che tempestivamente si pentì, perchè lo arrestamento dell'azion criminosa rimpetto a lui derivò da causa *volontaria*, secondo quello che a suo luogo vedemmo. In quanto poi al socio, all'ausiliatore, al mandante, cotesto pentimento dell'autor principale è *causa estranea alla lor volontà*, e pu-

ramente *casuale*. Cosicchè il pentimento dell'autor principale gioverà loro per evitare la pena del delitto *consumato*, come avrebbe loro giovato altro *fortuito* che ciò avesse occasionato; ma non evaderanno la pena del *tentativo*.

Se poi il pentimento non si verifica nell'autor principale, ma sibbene nel socio, nel consigliere, nel mandante, o nello ausiliatore, il caso si complica.

Dopo dato il consiglio *efficace*, il consigliere si è pentito; dopo preparato il veleno, l'ausiliatore ha abbandonato il pensiero del delitto; dopo emesso il mandato, il mandante lo ha revocato. Ma questi pentimenti non hanno arrestato l'autor principale; il quale ha percorso tutti li stadij del delitto prestabilito.

Se quel pentimento è rimasto *ignorato* all'autor principale, la responsabilità del mandante, del complice, o del consigliere rimarrà evidentemente l'istessa: da loro ebbe un impulso il delitto quando lo vollero; e quando poi lo disvolarono non furono in tempo a rattenere cotesto impulso. Un pentimento che non giovò ad impedire il delitto non può cancellare lo impulso da loro dato al medesimo; e ne rimangono pienamente responsabili in faccia alla legge civile.

Ma se l'autor principale conobbe in tempo cotesto pentimento, e non ostante procedè oltre; allora subentra in teoria una distinzione ulteriore. * Bisogna guardare se il concorso del complice pentito servì o nò a *facilitare*, o fu *impulso*

determinante il delitto. Se non ebbe *efficienza* sul delitto, l'autor principale procedè oltre per conto proprio, e a tutto suo rischio; nè gli altri sono partecipi o responsabili della sua tenacità criminosa. Ma se quel concorso dei pentiti servi a facilitare il delitto; se il *consigliere* aveva dato *istruzioni* indispensabili a consumare il misfatto, o *eccitato la causa a delinquere* nell'autore; o l'*ausiliatore* aveva procurato l'occorrente a compirlo; che costoro poscia si pentano, e manifestino in tempo utile all'autor principale il loro pentimento, non basta: perchè superstiti alla malvagia volontà in loro cessata, rimangono li effetti perniciosi di cotesta volontà. Bisognerà dunque, se vogliono cancellare il mal fatto, che costoro non si limitino a pentirsi, e manifestare la lor variazione; ma con tutte loro forze si adoperino ad impedire quel delitto; che se avviene, è conseguenza del precedente loro operato.

Ecco la differenza che intercede fra il caso dell'*ausiliatore* o dell'*istruttore*; e il caso ordinario del *mandante*, o del *socio*. Questi non avevano posto in essere che un *patto criminoso*, e quando lo hanno disciolto tempestivamente col contrario volere, corra pur oltre l'autor principale nella via del delitto, egli è *per presunzione* svincolato da loro. Non resta per loro che l'addebito di quel primo patto, sia egli *mandato*, o sia *società*; il quale può unicamente punirsi come delitto di per sè stante.

Ma gli altri sono in posizione più trista, perchè la *facilitazione* o l'*impulso* dato da loro al delitto non è un fatto retrattabile, come il *consenso* dato a un contratto. E se il delitto avviene, avviene sempre come seguito di un fatto partito da loro; fatto irretrattabile; che quando ebbe vita, si indirizzò da loro precisamente al delitto.

2.° *Coerenza dell'azione colla volontà.*

L'equilibrio pel lato dell'*azione* può essere distrutto così: quando l'*azione* rimase indietro al *volere*, come quando lo *soverchiò*.

Se l'*azione* rimase indietro alla *volontà* del delinquente siamo nelle regole del *conato*; e facile è lo scioglimento dei vari casi.

Se l'*azione* andò oltre alla *volontà* del partecipante, siamo nei termini dell'*eccesso*; ed è a vedersi se di tale eccesso siano responsabili i *delinquenti accessori*, che non lo prevedero.

Anche questa ricerca, come quella della *revoca*, non vuole essere istituita con veduta speciale al *mandante*. Nò. La questione tiene a principii più generali; e può avverarsi rispetto a qualunque caso di *complicità*.

Non solo può un *mandante* aver commesso di percuotere, ed il *mandatario* avere ucciso. Può ugualmente il *consigliero* aver insinuato di ferire, e l'altro avere ucciso; può il *socio* aver concertato che si ferisse, e l'altro avere ucciso; può l'*ausiliatore* aver porto i mezzi per raggiungere una data persona, nello intendimento che a lei si recassero sole lesioni; e gli altri averla uccisa.

La questione dell'*eccesso* vuol dunque esser posta in termini generali.

Ora la questione dell'*eccesso* si risolve, combinando ciò che dicemmo in ordine al *primo caso*, coi principii generali della scienza.

È vero: che la *complicità* senza concorso di *volontà* non può aversi neppure ove sia concorso di *azione*; e molto meno potrà aversi dove manchi anche questo.

Ma la volontà non sempre è necessario si porti esplicitamente sull'*eccesso*, per renderne responsabile. La politica vuole che anche nelle materie penali corra entro certi confini il principio, che chi volle i mezzi si ritiene aver voluto il *fine*. Sarà una responsabilità di grado minore, nè potrà immaginarsi dolo di deliberazione rispetto a cotesto *eccesso*. Ma pure una responsabilità vi sarà senza dubbio, perchè non può ammettersi che chi volle un fatto, da cui poteva nascere con facilità un effetto gravissimo, si discarli dal rispondere di tale effetto col solo dir, io non lo voleva. Ciò che differenzia il tema dell'*eccesso* da quello esaminato nella *seconda figura del primo caso*, si è la possibile prevedibilità delle diverse conseguenze. Colui che credeva aiutare un ladro a rubare, non poteva prevedere che invece il compagno intendesse a *delitto diverso*; quindi nel tema di delitto di *genere diverso*, la irresponsabilità procede come regola assoluta. Ma quando si parla di *eccesso*, si corre sull'*istesso genere di delitto*: e in questi termini la prevedi-

bilità dell'effetto più grave porta ragion di distinguere.

Quindi è savissimo su tal proposito il criterio suggerito dal CARMIGNANI, che volle si distinguesse fra *eccesso nel fine*, ed *eccesso nei mezzi*: l'eccesso nei mezzi si ha quando mandatario, socio, o compagno usino *mezzi diversi* da quelli ordinati dal mandante, suggeriti dal socio, concertati col compagno; p. e. si diede l'ordine di bastonare; e lo esecutore si valse invece di stile; o un dei compagni, gittato nella mischia il bastone, si valse di coltello, ed uccise. Sicuramente non potrà dirsi che il mandante, il socio, l'ausiliatore anche *presente*, siano responsabili di questa uccisione. Il *variato mezzo* estrania il fatto dell'omicida dalla loro volontà, e l'omicidio tutto ricade su chi *volle a solo* adoperare, e *a solo adoperò, i mezzi* che lo cagionarono.

Si ha poi *eccesso nel fine* quando sono stati adoperati quei precisi *mezzi* che erano ordinati, o concertati. Per esempio, nei casi figurati testè, non è stato lo stile che ha dato morte, ma sibbene il bastone. Cioè quel *mezzo* cui consentirono i compagni; quel *mezzo* che prescrisse il mandante, sebbene con intenzioni più miti. Ed ecco che la volontà caduta sui *mezzi* basta a rendere responsabili anco delle conseguenze, su cui la volontà stessa non si era esplicitamente portata.

Ma anche questa responsabilità dell' *eccesso nel fine*, corre senza difficoltà quando l' *eccesso* stesso consequenziale ai mezzi voluti, è attribui-

bile a *caso*, o *mera colpa* dell' esecutore; manca però, se l'eccesso nacque da *dolo* di lui, che abbia per malvagità appositamente ecceduto. Allora l'effetto più grave trova una *causa morale* sufficiente nella stessa sua *causa fisica*; e qui può fermarsene la imputazione. E dissi da *caso*, senza arrestarmi alla critica che il sommo GIULIANI mosse contro CARMIGNANI per ciò; quasichè questi avesse, contro i principii della scienza, immaginato un *caso fortuito imputabile*. La critica cade, tosto chè si rammenti essere anche il *caso* imputabile quando procede da chi *versa in cosa illecita*: e qui siamo nei termini.

3.^o *Coerenza nella posizione giuridica delle persone.*

Le regole stabilite in materia di *complicità*, sia che portino a dare al complice imputazione *minore*, sia che portino a dargliela *uguale* all'autor principale, presuppongono che tutti i concorrenti al delitto non abbiano *qualità eccezionali*.

Se alcuno di loro ha nella sua persona una *qualità* che porta ad *aumentare* o *diminuire* la sua imputazione, è certa la regola generale; che di questo aggravio o di questo beneficio non debbano partecipare i compagni.

Così la *recidiva*, la *qualità di forestiero*, od altre che portino *aggravio* di pena: così un *giusto dolore*, la *minorennità*, od altro simile che porti *scusa*; quando concorrano per uno e per gli altri nò, alterano la responsabilità di quello, e lasciano intatta la imputazione di questi: e co-

si nasce un disequilibrio tutto accidentale nelle proporzioni ordinarie. La cosa fin qui non incontra dubbiezza.

Ma vi sono dei casi in cui le *qualità personali* influiscono sul *titolo* del reato. E su questo emergente sorge grave disputa fra gli scrittori.

Di regola le *qualità gravanti* che nascono dalle *circostanze del fatto* sono *comuni* a tutti coloro che al fatto parteciparono; sempre però subordinatamente alle norme o della *precognizione*, o dell'*eccesso*, già sviluppate. Così son tenuti di furto *violento*, o di furto con *scasso* anche coloro che non usarono le *violenze*, o non operarono la *effrazione*: e ciò è ben naturale; perchè queste circostanze aggravanti furono *mezzo* al delitto, che da tutti si conobbe e si volle.

Quando però le aggravanti non nascono dal *fatto*; ma da una *speciale qualità* di qualche *persona*; come il *parricidio* trae la sua aggravante dalla qualità di *figlio* nell' uccisore; il *famulato* trae la sua aggravante dalla *domesticità* del ladro; che dovrà dirsi? Il complice non *figlio* e non *servo*, sarà egli partecipe di quell'*aggravio* che nasce dalla qualità di *figlio* o di *servo* nell'autor principale? Delicata è la questione.

Alcuni hanno guardato al *nome*: e, posto mente che l'essersi il delitto consumato da una data persona ne cambia il *nome*, ne hanno dedotto cambiarsi il *titolo*: e negato potersi anetter due *titoli* diversi allo stesso misfatto. I complici che conobbero le condizioni *personali* del loro com-

pagno consentirono a prender parte in un delitto cui conoscevano che, pel concorso di quell'uno, la legge imprimeva caratteri più odiosi; e devono portarne le conseguenze. Così secondo costoro i congiurati che uccisero Cesare sariano stati tutti colpevoli di parricidio, perchè Bruto era figlio del dittatore.

Altri invece hanno guardata la questione sotto il punto di vista della *violazione del dovere*. Quel complice che non è *figlio* o *servo*, hanno essi detto, non ha violato il sacro vincolo di natura, o rotta la fede e l'ossequio dovuto al padrone. Dunque son meno rei, e devono esser meno puniti.

È però vero che quando la qualità che modifica il *titolo* si riscontra nell'*autor* fisico del delitto, presenta una certa repugnanza il lasciarla inoperosa rispetto ai complici. Sia pure che *quanto a loro* non esista *violazione* di quello speciale *dovere* che lega l'*autor* principale. Essi hanno consentito e concorso a quella *violazione di dovere*, con *scienza* (ciò si suppone) che il *dovere* stesso andava a *violarsi*; ma è vero altresì che altrettanto repugna si punisca più severamente alcuno perchè è complice di altri, di quello non si punirebbe se fosse egli stesso l'*autor* principale.

L'opinione dei primi sembra più strettamente legale: essa fu seguitata da CARMIGNANI; e prevalse nella giurisprudenza francese. L'opinione dei secondi è più umana: Rossi la sostenne pel parricidio: ARMELLINI pel fraticidio: e si avvalora

in questi termini della opinione di altri insigni criminalisti.

La formula che più mi sembra adatta a risolvere questo punto di controversia è quella modernamente usata da TREBUTIEN. La *complicità*, egli dice, non può essere che *reale*. La formula è piena di senso. Ciò significa che il *complice* è un *accessorio* al *fatto*: non alla *persona* dell'autor principale. Se il *fatto* è delitto, ancorchè l'autor principale non sia imputabile, può esserlo il complice. Se al *fatto* risponde un grado di imputabilità come dieci, abbenchè l'autor principale per condizioni inerenti alla sua persona non sia imputabile che come cinque, o lo sia come quindici; la imputabilità del complice si misurerà sul tipo dei dieci rispondenti al *fatto*; salvo a modificare in più o meno cotesta quantità per le condizioni personali del complice. Fra la *persona* dell'autore principale e del complice non vi è nesso alcuno sotto il punto di vista della rispettiva imputabilità. Il nesso sì dell'uno, come dell'altro è col *fatto* violatore della legge: e sulla scorta di questo solo rapporto si deve istituire il calcolo della rispettiva responsabilità.

Ma nella applicazione di questa formula, TREBUTIEN (influenzato dalla giurisprudenza francese) corre sopra una linea fallace quando la *realità* diversa del *fatto* desume dal variare del *nome*. Se l'omicidio, egli dice, diviene *parricidio*, e il *furto* diviene *famulato* perchè l'autore del primo è un figlio, e l'autore del secondo un servo,

è sempre per un nesso *reale* che i complici si terranno rispettivamente debitori di *parricidio*, e di *famulato*. Così, secondo lui, il *nome* variato, *varia la cosa*.

Ma il *nome* è un' accidentalità derivata dalla fantasia dei dottori, e che poteva anche non essere; poichè troppe sono le circostanze aggravanti di un delitto che non ne variano il *nome*. La *realità* del fatto criminoso non sta dunque nel *nome* attribuitogli dai criminalisti: sta nelle condizioni *materiali* che costituiranno l' *azione*: sta nelle risultanze o sia nell' *effetto dannoso* che rappresenta la violazione della legge. Se al *terzo furto* avessero le scuole attribuito un *nome* speciale, ne avverrebbe egli da ciò che la condizione di recidivanza nell'autor principale fosse una qualità *reale*? E quando una legislazione (come p. e. la toscana) abbia soppresso il *nome* di *parricidio*, è intuitivo che si dilegua la ragione desunta dal *nome*. Cosicchè le condizioni *intrinseche* sarebbero un nulla secondo questo criterio desunto dal *nome*.

Per avere la *realità* è necessario che la circostanza aggravante costituisca un momento *fisico* della esecuzione del reato. Io lodo pertanto la formula dell'insigne professore di Rennes; ma non mi persuado dell'applicazione che egli ne fa.

Seguiterei dunque la opinione più mite nei casi in cui la *qualità personale* porti semplice *aggravamento* al delitto, senza curare del cambiamento di *nome*, come nel parricidio e nel fratricidio.

Due casi, sembra per altro che porgano ragione di distinguere — 1.^o Il caso in cui la *qualità personale* dà l'essenza al maleficio — 2.^o Il caso in cui la *qualità personale* servi di mezzo al delitto. —

1.^o La *qualità personale* dà l'essenza al delitto nella *deserzione*, nell'*incesto*, nell'*adulterio*, nella *bancarotta*, che senza la condizione di *soldato*, di *congiunto*, di *conjugato*, o di *negoziante* nell'autor principale, si ridurrebbero a lecito esercizio della propria libertà nel primo caso; a semplice fornicazione non imputabile politicamente negli altri due casi; o ad una mera fraude civile nel quarto. Esonerare in queste fattispecie i complici dalle conseguenze delle *qualità personali* dell'autore, sarebbe l'istesso che accordar loro la *impunità*: è questo è assurdo. Del pari quando la *qualità personale* nel caso inverso *toglie l'essenza* al delitto, come nel furto del figlio al padre, chi aiuti il figlio per solo di lui *utile* contò non può esser punito. Questo punto mi sembra chiaro.

2.^o Se poi la *qualità personale* di un del partecipi servi di mezzo al delitto, come ciò avviene nel *peculato*, e nel *famulato*, l'aggravante che nasca da cotesta *qualità personale* va a compenetrarsi in certa guisa col fatto, al pari della scalata o dello scasso: perchè non essendosi potuto commettere quel delitto se nell'autore non concorreva la qualità che lo rende più odioso, la qualità stessa ha servito di *stromento*

all'esecuzione. E di qui può trarsi ragione di sostenere, che in coteste speciali condizioni la qualità *personale* assuma carattere di *realità*; per cui si renda influente sulla sorte di tutti i partecipi. Estremo del *famulato* si è che il ladro, oltre al prestar servizio continuo e salariato, abbia inoltre commesso il furto *abusando della comodità del servizio*. Rimpetto a questa nozione del furto domestico, è impossibile negare che la condizione di *servo* nell'autore del furto abbia una vera *realità*: se il servizio fu mezzo, la qualità di servo fu mezzo essa pure. La Corte di Cassazione di Firenze ben dunque con due giudicati (17 febbraio 1855, e 28 aprile 1860) si attenne all'opinione più severa nei termini di domesticità: perchè appo noi è di *essenza* del famulato; che il servizio sia stato *mezzo* al furto. Ma tal sentenza tornerebbe ad essere disputabile in una legislazione, che aggravasse la pena al servo anche quando la domesticità *non fosse mezzo* al furto: ed in quei casi nei quali di fatto il servizio non fosse stato menomamente *occasione* a rubare; sicchè nella *condizione* dell'autore non si avesse nessun carattere di *realità*. E per fermo dalle decisioni suddette male se ne argomenterebbe una soluzione generale del problema in senso scientifico; e molto meno una conclusione identica nel tema di parricidio; nel quale la *realità* della condizione di figlio è assai difficile a concepirsi.

Tranne i sovraesposti tre casi eccezionali di *modificazione*, le regole generali procedono tranquille; e l'imputazione si distribuisce fra delinquente principale e accessorio con la doppia ragione della *quantità morale* e della *quantità fisica* della complicità.



SUNTO

DI UNA LEZIONE SUL DOLO



Su due linee distinte si schierarono i criminalisti nel darci la definizione del *dolo*. Alcuni lo ravvisarono nella *intenzione*; altri nella *coscienza*: gli antichi (1) ebbero per buono il primo concetto; presso alcuni moderni prevalse il secondo; ed ambo le scuole vantano rispettabili nomi. La coscienza nei fatti rei si costituisce dalla *previsione* degli effetti che conseguirono agli atti cui si diede opera; e dalla *cognizione* che questi effetti violavano la legge; e così dalla *prescienza* della collisione che fra questa e quelli si effettuò. E certamente la *coscienza* del male che

(1) La parola *dolo* ebbe nel diritto romano una significazione diversa da quella in cui si spende nell'odierno diritto criminale. Valse ad indicare un *artifizio* qualunque; e così potè distinguersi in *dolo buono*, e *dolo malo*, secondochè l'inganno era a fine buono o cattivo indirizzato. Però anche i giureconsulti romani adoperarono questa parola nel senso in cui oggi si adopera, quando ne parlarono come contrapposto alla *culpa*. MITTERMAIER Dell'idea del dolo in princ.

si fa, deve essere un attributo indispensabile del *dolo*, come la gravità e la estensione sono attributi indispensabili della materia. Ma per questo perchè la materia deve necessariamente avere estensione e gravità, potrà ella definirsi un *peso*, o uno *spazio*? La nozione caratteristica di un ente vuol esser tratta da ciò che costituisce il primo esser suo, e questa nozione deve completarsi con la indicazione degli attributi che gli sono costanti compagni. Così definiamo la materia, una *sostanza* dotata di *gravità* e di *estensione*: il primo è il *soggetto* che si definisce; gli altri ne sono i *predicati* indefettibili.

Definendo il *dolo* come una *coscienza* si definisce il *predicato*, in luogo di definire il *soggetto*. L'essenza del *dolo* non può stare che nella *volontà*, della quale è una fase. Il *dolo* si studia dal criminalista in quanto può essere *causa di azione*. Ma la *causa di azione* non può trovarsi nella mera *coscienza*. L'impulso all'atto bisogna che parta dalla forza volitiva: la pravit  non consiste nel *sapere*, ma nella *determinazione* ad un atto che si conosce malvagio. Nulla vale obiettare che la *volont * senza *coscienza* non pu  dirsi *dolosa*; perch  si risponde neppure la *coscienza* senza *volont * potersi mai dire dolosa. Non   dunque questione se a formare il *dolo* debbano concomitanti concorrere e *volont * e *coscienza*: in ci  siamo tutti d'accordo. Il divario nasce sul determinare qual delle due debba considerarsi come principale, e quale come adietto;

qual delle due debba in una parola rappresentare la parte *sostantiva* nella definizione del *dolo*. Ora cotesta funzione deve farsi soltanto da quella parte dalla quale ebbe impulso l'azione che poi vuol dirsi *dolosa*: e siccome cotale impulso muove dalla *volontà*, mentre la *coscienza*, perduri pure in eterno, non potrà in eterno mal esser causa di movimenti; così la parte *sostantiva* della definizione del *dolo* deve fornirsi dall'elemento della *volontà*, e non da quello dell'*intelletto* (1).

Infine il costituire la nozione del *dolo* nella *coscienza*, o non sarebbe adattabile; o repugnerebbe affatto alle classiche distinzioni della scuola fra *dolo di commissione* e *dolo di omissione*, do-

(1) Che nel linguaggio forense la parola *dolo* siasi sempre usata per designare la parte che prende la volontà dell'agente nell'infrazione della legge, risulta dal vedere come nei frammenti dei romani giureconsulti, ove si volle indicare il concorso di una piena malizia si aggiunga alla parola *dolus* la indicazione della *scientia* — *sciens dolo malo* — leg. 2, 3 ff. ad leg. Jul. majest. — leg. 4 ff. ad leg. Jul. pecul. — leg. 4 ff. de leg. Fab. — leg. 8 ff. ad leg. Jul. de adulter. — leg. 4 cod. de his qui latrones — leg. 1 cod. de sep. viol. — leg. 9 cod. ad leg. Jul. de adult. — leg. 15 cod. ad leg. Fab. — Nov. 12 cap. 1 in fin. — La stessa osservazione si può ripetere in ordine a parecchi testi del diritto canonico. Ora se il *dolo* si fosse considerato consistere nella *coscienza*, sarebbe stato un vano pleonasma il dire — *coscienza sciente* — nè questo rimprovero può farsi ai romani giureconsulti.

lo *personale* e dolo *reale*; e recherebbe alla scierza nostra confusione ed impaccio.

Perciò io definisco il *dolo* — *l'intenzione più o meno perfetta di fare un atto che si conosce contrario alla legge*. Così seguitando il principio che mi pare preferibile, io tolgo dalla mia definizione tuttociò che formava argomento di critica per parte dei seguaci della contraria dottrina.

Non mescolo considerazioni *esterne* nella definizione (1): non referisco la volontà alla *violazione* della legge, ma all' *atto* (2); nè premetto la funzione che la *coscienza* deve rappresentare nella formazione del *dolo*, perchè dicendo *intenzione*, designo un *atto della volontà illuminata dall' intelletto* nel suo rapporto con l' *azione*: e dicendo, *che si conosce contrario alla legge*, designo la volontà illuminata anche nel suo rapporto con la *legge*.

Il *dolo* così concepito è quello che fa passare l' agente dallo stato *generale* di imputabilità; che è sempre in lui presupposto per la sua potenza e di intendere e di volere; allo stato *speciale* di

(1) Questo fu il difetto giustamente rilevato nella definizione del CARMIGNANI; che definì il *delitto* piuttosto che il *dolo*: il quale tutto constando dell' elemento interno, esiste completo prima di qualunque estrinsecazione.

(2) Era vizioso il porre per *fine* della determinazione la *violazione della legge*, la quale non è ciò che eccita la determinazione medesima. L' uomo delinque per procacciarsi tutt' altro bene; non per lo sterile piacere di violar la legge. Cotesto capriccioso intendimento, ove rara volta possa avverarsi, è irragionevole ed eccezionale.

imputabilità per quel determinato fatto, in quanto la sua potenza si è *in atto* esercitata rapporto all' azione criminosa, cui si determinava con volontà illuminata (4).

Del rimanente non è questa una disputa di vane parole. Essa è ferace di conseguenze gravissime sulla importante ricerca della *gradazione* del *dolo*.

Se l'essenza del *dolo* si ravvisa nella *coscienza* di violare la legge, egli è evidente che questa coscienza non può ammetter *gradi* nella sua intensità. Quando io mi determino a uccidere il mio nemico, ho la *coscienza* che questo fatto violerà la legge: ma questa *coscienza* non ammette momenti ulteriori che ne accrescano la gravità. Tanto ho la *coscienza* di violare la legge uccidendo il mio nemico, se la uccisione consegue subitanea la determinazione micidiale: tanto ho la *coscienza* di violarla se lo uccido dopo due giorni. La coscienza che accompagna l'atto della uccisione non riceve incremento dalla maggiore antecedenza della determinazione cri-

(4) *Dolus* nel senso etimologico derivato dal greco, significa *inganno*. E le leggi romane lo adoperano spesso in questo senso: ed allora lo distinguono dalla *frode* (*fraus*) esprimendo con questa il *dolo* nell'atto della sua estrinsecazione all'inganno altrui. Ma non è nel senso di *inganno* o *circonvenzione* che oggi si adopera dai criminalisti la parola *dolo*: bensì nel senso di malvagio proposito. È dunque fallace l'argomento di ROSSHIRT, il quale così ragiona — il *dolo* è un *inganno*: per ingannare è necessaria l'astuzia: ma l'astuzia è figlia dell' intelletto: dunque il *dolo* ha sempre la sua sede nell' intelletto!

minosa. Eppure moralisti e criminalisti tutti ci insegnano, che il *dolo* riceve un aumento di gravità dalla premeditazione: e il senso morale proclama nel cuore di ognuno cotesto insegnamento come una verità intuitiva.

Del pari le diverse *cause* che spinsero l'uomo all'azione malvagia, non solo pei criminalisti (che potrebbero dirsi guidati da considerazioni politiche), ma anche pei moralisti che giudicano del puro atto interno, influiscono sulla gravità maggiore o minore del *dolo*: ed anche qui se si prescinde dalle utopie di qualche antico filosofo, abbiamo il consenso universale di tutti coloro che giudicano razionalmente, e di tutti coloro che istintivamente si pronunciano sulla guida del mero senso morale. Colui che dicesse esser pari in *dolo* l'uccisore dell'innocente, e l'uccisore di chi atrocemente l'offende; essere pari in *dolo* chi ruba per cupidigia di farsi ricco, e chi ruba per sopperire ad imperiose necessità; incontrerebbe repugnanza nel cuore di ogni uomo, a cui l'amore di una teoria sistematica non adonibri le ispirazioni dell'intimo senso. Eppure la *coscienza* di violare la legge non soffre la menoma alterazione in ragione delle *cause* che muovono la volontà.

Ma se la parte sostantiva della nozione del *dolo* noi la troviamo nella *intenzione*, che è un atto della volontà, anzichè nella *coscienza*, che è funzione dell'intelletto, noi ci ritroviamo sulla linea più conforme alla natura delle cose; poichè certamente si pecca con la *volontà*, e non si pec-

ca con l'*intelletto*: e al tempo stesso abbiamo aperta la via per assidere sopra principj altrettanto veri quanto assoluti il criterio per calcolare la relativa gravità del *dolo*, e ordinare razionalmente la distribuzione dei varii suoi gradi.

I caratteri che aumentano o diminuiscono il *dolo* debbono ridursi a *due*. L' uno di questi si trae dalla *genesì* della intenzione criminosa; il secondo dalla sua *durata*.

Mi si permetta un confronto, che parmi adattissimo a chiarire queste idee.

Quando ognuno di noi vuol giudicare della forza muscolare di un uomo, lo esamina mentre solleva un peso. Dalla maggiore gravità del corpo sollevato nè argomenta in lui un grado di forza maggiore. Così il delitto desume dall'effetto la prima norma della sua imputazione. E qui parlo di *delitto* e non di *dolo*.

Ma se il giudizio sul grado di quella forza muscolare si decompone, risalendo ai suoi criterii razionali, trovasi che il criterio non sta nell'unico *fatto* della *gravità* del peso sollevato; ma in questa, combinata con le condizioni accessorie nelle quali la forza dell'uomo si esercitava.

E di vero quando vedete due uomini alzare un peso uguale, voi non correte tosto a giudicare che abbiano forza eguale. Voi prima di tutto esaminate se a sollevare quel peso si *aiutano* di qualche cosa. E quando vedete l'uno rinfrancarsi di tale aiuto, e l'altro nò, voi riconoscete maggiore intensità di forza in questo che in quello. Così

nella volontà che procede alla determinazione criminosa per impulso tutto spontaneo bisogna ravvisare un grado maggiore di p^ravità, di quella non abbiasi in altra che alla determinazione malvagia trascende per una forza morale che la spinge. Ecco nella *spontaneità* il primo criterio della gravità del *dolo*; desunto dall'essere l'intenzione di delinquere aiutata o no da un impulso psicologico più o meno potente: questo impulso è la veemente passione.

Continuando lo studio di confronto tra le forze fisiche di quei due uomini, voi procedete a considerare quanto tratto di *tempo* tengano ciascun di loro sollevato quel peso. Se l'uno ve lo ha tenuto per brevi istanti, e l'altro per lungo tempo, voi giudicate nel secondo un grado di forza maggiore che nel primo. Così nella volontà che dalla determinazione criminosa procede immediatamente all'azione, bisogna ravvisare una forza minore: devesi invece ravvisare maggiore in quella volontà che a lungo persevera nella determinazione malvagia; e tanto maggiore quanto più a lungo vi persevera. Ecco il secondo criterio della gravità del *dolo*; la *perseveranza* della volontà nel malvagio proponimento.

Col primo criterio siamo portati ad indagare il *dolo* nelle condizioni *anteriori* al suo nascimento, e perciò dissi risalire alla genesi del *dolo*: col secondo lo indaghiamo *posteriormente*: col primo si argomenta da un fatto che ha influito intrinsecamente sulla determinazione dolo-

sa : col secondo si argomenta da un fatto che sul dolo non ha propriamenie influito, ma che ne ha *manifestato* la intensità. Non si dice che la durata renda più intensa la forza del malvagio proposito : si dice che la *durata* è un segno rivelatore di questa maggiore intensità.

Sovra tali osservazioni si costruisce agevolmente la formula della gradazione del dolo. Il suo grado si aumenta in ragione inversa dell'impulso psicologico ; ed in ragione diretta della sua perduranza.

Ma quelle due condizioni possono o concorrere entrambo ; o concorrere l'una e non l'altra ; o l'altra e non l'una : o mancare ambedue.

Da queste possibili combinazioni risulta che il dolo, se si vuol essere esatti, non può distinguersi che in quattro gradi. Tutt'altra partizione riesce incompleta.

PRIMO GRADO — *Spontaneità e perseveranza in stato positivo* — *Perseveranza* del malvagio proposito, e *assenza di violenta passione*. Ecco il delitto *freddamente premeditato*.

SECONDO GRADO — *Spontaneità minorata : Perseveranza in stato positivo* — Si ha la continuazione del malvagio proposito per non breve intervallo ; ma sotto il predominio di *veemente passione*. Ecco quella che la pratica denominò *semplice deliberazione*.

TERZO GRADO — *Spontaneità in stato positivo : Perseveranza in stato negativo* — Animo scevro dall'ebbrezza di *cieca passione* ; ma deficienza

di *intervallo* fra la determinazione e l'azione. Ecco il delitto che dicesi *volontario semplice*; o di improvvisa risoluzione. Un affetto bisogna bene sopporlo sempre, anche in questo grado di dolo; ma non un affetto che tolga la riflessione ed il calcolo.

QUARTO GRADO — *Spontaneità minorata. Perseveranza in stato negativo* — Non fu tra la determinazione e l'azione intervallo di tempo; e fuvvi impulso di cieca passione. Ecco il delitto che dicesi commesso sotto l'*impeto degli affetti*. Potrà spesso questo quarto grado di dolo equipararsi al terzo nel suo rapporto con la politica imputabilità, per la evidente *ingiustizia* della causa che concitò la passione: ma nelle sue condizioni psicologiche ne sarà sempre distinto: perchè o giustamente, o ingiustamente eccitata, la passione precipitò sempre la volizione.

Le varietà delle condizioni ontologiche di questi quattro *gradi* di dolo sono così distinte; e pronunciate a caratteri così risoluti; che mentre non è possibile scambiarli, è repugnante il parificarli nella valutazione della essenza loro. Ciò non ha bisogno di essere, sotto il punto di vista ontologico, dimostrato.

Che tale diversità di condizioni del *dolo* porti ad un diverso grado di imputazione *morale*, è dessa pure una proposizione della quale ciascuno sente la verità. Una volontà è tanto maggiormente malvagia e corrotta, quanto più a lungo e tenacemente si pasce di rei disegni: un animo si mo-

stra tanto più depravato e perverso, quanto meno fu trascinato al reo proponimento da moti passionati, che agitato lo spingessero fuori del retto sentiero. Per colui che delinque nell'accesso di cieca passione, il delitto è l'eccezione: per l'altro è l'abito.

Ma la varietà delle condizioni ontologiche dei diversi gradi del dolo, e il variare della rispettiva imputazione *morale*, dovrà ella portare a differenziarne anche le condizioni giuridiche; che è quanto dire a variare il grado della imputazione *politica* del delitto sulla proporzione del dolo? Io lo credo; e mi sarà agevole il dimostrarlo quando svolgerò la dottrina della *quantità*, e del *grado* nel delitto. Per adesso che gli studi nostri dobbiamo limitare alle primitive nozioni del delitto e dei suoi elementi, ci basti avere chiarito in che consista l'essenza del *dolo*; come il medesimo possa variare secondo il vario suo *grado* di intensità; e da quali criterii voglia esser desunta la sua gradazione.

Del resto questa distinzione del dolo in *quattro gradi*, che può apparir nuova in teoria, non è una mia osservazione. Io non ho fatto che adattare una formula a ciò che i vecchi pratici erano venuti insegnando; e che i tribunali toscani sanzionarono pel corso di sessant'anni. I primi due gradi sono una suddivisione del dolo detto dai pratici di *proposito*; nella quale si amalgama la risoluzione maturata a mente fredda, e quella maturata sotto il turbamento di una passione vio-

lenta. Il terzo ed il quarto sono una suddivisione del dolo detto *ex impetu*: nel quale si amalgama l'istantanea determinazione assunta senza grave agitazione di spirito; e quella a cui lascia veemente commozione.

Aggiungerò soltanto che sebbene la comune dei pratici abbia questa gradazione applicato ai soli delitti di sangue, pure teoricamente essa procede per tutti i delitti. Potrà dire il pratico che certi delitti sono sempre premeditati, perchè presuppongono un preordinamento, e un animo freddo; come volle dirsi dell'incendio, dell'infanticidio, e del furto. Ma nello svolgimento dei vari eventi potendo anche questi, come ogni altro misfatto, eseguirsi senza intervallo tra la determinazione e l'azione; ed esser preceduti da circostanze che abbiano giustamente eccitato il delirio di un affetto veementissimo, come a cagion d'esempio la fame della famiglia nel furto; il pericolo dell'onore, o di sevizie nell'infanticidio; le violenze attualmente patite nell'incendio; la teoria non può accettare una presunzione *juris et de jure* della premeditazione, e della freddezza di determinazione criminosa; nè restringere a certi casi soltanto la graduabilità eventuale del dolo. Essa razionalmente è comune a tutti i delitti, tostochè in tutti i delitti è possibile il concorso e l'assenza, o simultanea od alternativa, dei due criterii che ne modificano la gravità.

Che il dolo non possa servire di norma alla classazione dei delitti ne vado pienamente d'ac-

cordo. Ogni ente deve classarsi secondo l'elemento che costituisce il sommo principio della sua essenza. Chi vorrebbe, a modo d'esempio, classare gli animali secondo il colore, e così formare una stessa famiglia del leone e dell'ape! Il colore è un attributo comune a qualunque animale come a qualunque sostanza; ma non è un carattere costitutivo dell'esser loro. Il variare di questo attributo porterà dunque ad una varietà di specie nella medesima classe; non ad una variazione di classe.

Il delitto ha la sua essenza nella violazione d'un diritto: dunque dalla varia specie del diritto violato può solo desumere la sua naturale classazione, come tra breve vedremo; perchè la negazione pratica di un diritto costituisce la vita positiva del reato.

Ma se sulla varietà del diritto leso dovremo per necessità costruire le classi, e definire le varie specie delle azioni criminose; ogni specie per altro ammette una suddivisione in altrettante varietà distinte quanti sono i diversi gradi del *dolo* da cui fu informata la criminosa determinazione.

Il delitto come *fatto materiale* varia secondo il risultato; e così secondo il diritto violato. Il delitto come *fatto politico* subisce subalterne variazioni secondo la gravità del *dolo*; perchè la sua condizione di *fatto politico* desume appunto dal dolo, che è il fondamento della sua politica imputabilità. E se l'intenzione rea, o sia il *dolo*, è uno degli elementi indispensabili a costituire il

delitto; e precisamente è quello che gli dà la forza morale; è logica necessità concordare, che le variazioni e modificazioni del dolo devono nelle particolari specie variare, e modificare l'importanza politica del delitto.

Alcuni moderni criminalisti hanno distinto il *dolo* in due *specie*: l'una delle quali chiamano *dolo determinato*; l'altra *dolo indeterminato*. Dicono *dolo determinato* quello che si è diretto ad un *preciso* fine criminoso; p. e. la morte del nemico. Dicono *dolo indeterminato* quello che si è diretto ad un fine pravo, prevedendo ancora che dai suoi atti possa derivarne un evento più grave, ma *senza desiderare e volere* cotesto effetto; anzi *sperando che non accada*. Così secondo questa distinzione colui che ammena colpi al nemico per dargli morte, ha il *dolo determinato* verso l'omicidio. Colui che mena colpi pel solo fine di percuotere il nemico, cui non vuole dar morte, e benchè preveda che dai suoi colpi possa riuscire effetto letale, pure *non vuole* cotesto effetto; anzi *spera che non avvenga*; se la morte avviene, è in *dolo determinato* rapporto alla lesione; in *dolo indeterminato* rapporto all'omicidio. Lo stesso dicasi di chi percuota una donna che conosce incinta. L'uno può percuoterla col fine che abortisca: ecco il *dolo determinato* all'aborto. L'altro la percuote sperando che non abortisca; ma di fatto abortisce: ecco il *dolo indeterminato* verso l'aborto.

Questa fase speciale dell'animo malvagio non può equipararsi alla *colpa*: perchè la colpa suppone che l'evento non siasi affatto *preveduto*. Ma è uno stato intermedio fra il pieno dolo e la colpa; che appartiene però sempre alla specie del dolo, per la volizione del mezzo con previsione dell'effetto. Nel dolo determinato l'agente ha *preveduto e voluto* l'effetto più grave. Nel dolo indeterminato l'ha *preveduto*, ma non l'ha *voluto*: nella colpa non l'ha nè *voluto*, nè *preveduto*; e soltanto lo *potea* prevedere.

In sostanza il dolo *indeterminato* si assomiglia a quella speciale condizione dell'animo, che i pratici italiani chiamarono *preterintenzionalità* (delitto *praeter intentionem*). La quale si ha quando l'agente intende dolosamente ad un fine nocevole, ma cagiona un effetto più grave di quello che desiderava.

Non coincide peraltro con quella che noi appelliamo *intenzione indiretta positivamente tale*; almeno nel senso con cui questa intenzione *indiretta positiva* ci vien descritta dalla scuola di CARMIGNANI.

L'intenzione *indiretta positiva* può infatti adattarsi tanto al dolo *determinato* quanto al dolo *indeterminato*; perchè il criterio della *indirezione* si pone nel rapporto tra i mezzi e l'effetto; dicendosi *diretta* l'intenzione quando l'effetto era considerato come *necessario*; *indiretto* quando era conseguenza meramente *possibile* dei mezzi adoperati.

Ora la nozione del dolo *indeterminato* non può adattarsi mai alla intenzione *diretta*; perchè l'effetto *necessario* non può essere *non voluto*, una volta che fu *preveduto*. Ma non è perciò che tutti i casi di intenzione *indiretta* configurino il dolo *indeterminato*; perchè siamo sempre nei termini di intenzione *indiretta* tanto quando l'effetto *preveduto* come possibile siasi *volutato* (e questo è vero dolo *determinato*), quanto allorchè l'effetto *previsto* come possibile non siasi assolutamente voluto (lo che sarebbe dolo indeterminato). Il celebre esempio con cui DE SIMONI espresse il concetto dell'intenzione *indiretta positiva*; quello cioè del marito che *volendo* uccider la moglie, lasciò esposta a sua balia una vivanda avvelenata della quale la conosceva ghiottissima; nella *speranza* che se ne cibasse; esprime nettamente il dolo *determinato*. Esprimerebbe in vece un dolo *indeterminato* l'altro caso di intenzione *indiretta positiva*; se con la vivanda corrotta lasciata esposta alla balia della donna, quel marito avesse *volutato* cagionarle soltanto un'infermità transitoria, prevedendo l'ulteriore possibile della morte, ma non desiderando cotesto effetto, e sperando che non accadesse.

Derivò probabilmente dal confondere questi due termini di fatto; e dal supporre che l'intenzione indiretta rappresentasse *sempre* un dolo *indeterminato*; la dottrina inesatta che dettò il CARMIGNANI quando insegnò che l'*infimo* grado di dolo si aveva nella *intenzione indiretta posi-*

tiva. Egli stesso aveva poco innanzi descritto questa intenzione col riferirsi all'esempio del DE SIMONI. Ma l'esempio del DE SIMONI non offre per certo un caso di dolo *indeterminato*; perchè il marito che egli descrive *voleva* precisamente uccider la moglie. E a questa condizione d'animo non può davvero rispondere l'*infimo* grado di dolo, solo perchè i mezzi maliziosamente scelti e preordinati al fine scellerato, potevano eventualmente restare inefficaci quando alla donna non fosse venuta fantasia di gustare la vivanda attossicata.

Ammesso ancora, se pur può ammettersi, che la maggiore o minore risolutezza dei mezzi possa influire sul calcolo della gravità del delitto, in quanto se ne valuta l'elemento esterno: certo è che nulla influisce sulla gravità dell'elemento interno. Spesso è anzi riprova di scelleraggine e malizia maggiore lo scegliere dei mezzi che possano assumere l'apparenza dell'infortunio. È un calcolo ulteriore del malvagio, col quale accortamente cambia la minor probabilità dell'evento, con la maggior probabilità della propria impunità. Ma il *dolo* di costui, che freddamente e deliberatamente maturò quel piano, che a lui parve più opportuno e meno rischioso, per giungere al doppio fine di uccidere e restare impunito; sarà sempre *dolo* di *primo grado* ad onta della eventuale fallacia dei mezzi; e quando l'evento verificato abbia mostrato che in fatto i mezzi non riuscirono fallaci; non può razional-

mente darsi alcun valore a quella loro possibile fallacia, che rimase puramente ipotetica. Il marito descritto da DE SIMONI, a disegno riuscito, era responsabile di veneficio con *premeditazione*.

O bisogna dunque rettificare la nozione della intenzione *indiretta positiva*, restringendola all'ipotesi di una *previsione* senza *volizione*: o bisogna dire che la creazione del concetto di un intenzione *indiretta positiva*, nella quale pel concorso della previsione e della volizione sempre si configura un pienissimo dolo, è una inutile superfetazione; che non dà frutto alla scienza, e può generar confusione. L' intenzione che prevede e vuole un fine pravo, è sempre *in sè* diretta, quantunque si serva di *mezzi* indiretti; la via scelta per il viaggio nulla altera la direzione dell' animo del viaggiatore.

È ugualmente mosso da intenzione *diretta* all'uccisione del volatile, così colui che con veltri e archibugio lo ricerca e lo insegue; come colui che con un aucupio pazientemente aspetta che cada in sua mano. No, che non è *indiretta* questa seconda intenzione, mentre l'*unico fine*, cui si dirige è la preda.

E neppure i mezzi, possono a rigore di termini dirsi *indiretti*; poichè ancor questi a niente altro fine si dirigono, che a quello della preda. Perchè un' intenzione od un mezzo possa dirsi *indiretto* rapporto ad un fine, bisogna poter configurare *un altro fine* a cui prelativamente quella o questo siano rivolti. Ma chi può immaginare

il fine primario dell' aucupio, dell' aguato teso all'uomo, del veleno apparecchiato alla donna, distinto da quello rispettivamente della preda, della strage, e del veneficio? Nell'esempio del DE SIMONI si ha dunque direzione di volontà, e direzione di mezzi. E se vuolsi conservare nella scienza la nozione dell'intenzione *indiretta* bisogna configurarla nella *previsione* di un effetto possibile, senza *volizione* decisa dell'effetto medesimo.

Lo che riconduce l'intenzione *indiretta positiva* a compenetrarsi col dolo *indeterminato*: perchè, come notai, è dolo *determinato* quando si *previde* e si *volle* il delitto. È dolo *indeterminato* quando si *previde*, ma non si *volle*, perchè si sperò che l'evento più grave non avvenisse. E colpa sarà soltanto quando non si *volle* e neppure si *previde*. Ma non si può referire alla colpa la *preterintenzionalità*, perchè della colpa l'imprevisione costituisce l'essenza. Ed è impossibile a dirsi che chi bastona un nemico, benchè senz'animo di ucciderlo, non abbia preveduto che ne potesse seguire la morte. È più genuino il ritenere che prevede cotesto rischio; ma dominato dalla passione volle correre il rischio medesimo. E sebbene ei propriamente non desiderasse quella morte che cagionò, pure amò meglio esporsi al pericolo di recar morte, anzichè lasciare senza sfogo lo sdegno che lo eccitava ad offendere.

Se vi è caso mai in cui debba agli effetti penali darsi valore ad una *presunzione*; egli è questo della presunzione desunta dal nesso tra i mezzi adoperati e il più grave effetto prodotto; quando i mezzi si usarono con intenzione di nuocere. Nella quale se le circostanze posson escludere una volizione determinata, non può non presumersi una previsione riprovevole, e più che bastante a riconoscere il dolo.

Adattato in tal guisa il concetto del dolo *indeterminato* alle *preterintenzionalità*; e rettificata la nozione della *intenzione indiretta positiva*, sicchè dessa coincida con questa e con quello; contestata distinzione, vera in teoria, può essere utile in pratica.

Non così le altre distinzioni che del dolo ne lasciarono gli antichi. Dolo di *simulazione* e di *dissimulazione* — *vero* e *presunto*: ed altre simili; delle quali amo meglio tacere; perchè, o false od inoperose, ad altro non servono che a confondere le menti.





